Delbrück, Berthold,

Die Uebernahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischem Rechte

Berlin 1853

<36621803580010

Die

Uebernahme fremder Schulden

nach

gemeinem und preussischem Rechte.

Von

Berthold Delbrück,

Kreisrichter zu Bergen auf Rügen.

Berlin.

Ferd. Dümmler's Buchhandlung.

(W. Grube.)

1853.

Inhalt.

Erster Abschnitt.

Einleitung.

Seite 1 — 15.

Zweiter Abschnitt.

Uebernahme fremder Schulden. Begriff.

Seite 16 — 44.

Dritter Abschnitt.

Verhältniß zwischen Schuldner und Uebernehmer.

Seite 45—55.

Vierter Abschnitt.

Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner.

Seite 56—69.

Fünfter Abschnitt.

Verhältniß zwischen Gläubiger und Uebernehmer. Klage.

Seite 70 — 107.

Sechster Abschnitt.

Verhältniß zwischen Gläubiger und Uebernehmer im Uebrigen.

Seite 108—116.

Siebenter Abschnitt.

Weiterübertragung der Schuld auf einen zweiten Uebernehmer.

Seite 117—120.

Erster Anhang.

Der procurator in rem suam als Beklagter.

Seite 121—127.

Zweiter Anhang.

Rechtsfall.

Seite 128—133.

Erster Abschnitt.

Einleitung.

Uebernahme fremder Schulden ist ein Rechtsgeschäft, welches beim Verkehr mit Grundstücken, bei Veräußerungen von kaufmännischen Handlungen und gewerblichen Anstalten, bei Erbtheilungen und Ausgleichungen aller Art täglich vorkömmt, von Wissenschaft und Gesetzgebung aber völlig vernachlässigt ist. Große Schwankungen der Praxis in den Ansichten über die Natur dieses Rechtsgeschäfts waren die Folge. Es sind nach und nach nicht weniger als zwölf verschiedene Auffassungen zum Vorschein gekommen, von denen keine zur vorherrschenden Geltung hat gebracht werden können. Der Grund dieser auffallenden Erscheinung liegt darin, daß die Uebernahme der Schulden eines Andern, wie gezeigt werden soll, ein selbständiges, den Römern unbekanntes Institut ist, welches sich als Gegenstück zur Cession der Forderungen im modernen Verkehr allmälig entwickelt hat und nun in voller Ausbildung und lebendiger Uebung dasteht, ohne von der Wissenschaft aufgenommen und begriffen zu sein. Aus der selbständigen Natur des Instituts erklärt es sich, weshalb die bisherigen Versuche der Praxis, eine passende Analogie aus der Zahl der bekannten Schulbegriffe herauszufinden, verunglücken mußten, die Zeit aber und Art der Entstehung machen es begreiflich, daß die Schule das Institut nicht kennt. Nur zwei Schriftsteller vermag ich zu nennen, welche der Uebernahme fremder Schulden, wenn auch nur mit wenigen Worten, so doch in der Ordnung des Systems und in Zusammenstellung mit der Cession der For-

derungen gedenken, Puchta [1]) und C. F. Koch [2]), welcher letztere sie nicht unschicklich als „passive Cession" bezeichnet. Was man sonst vorfindet, ist veranlaßt durch einzelne Fälle und beschränkt sich auf die Beurtheilung derselben. So hat der sehr häufig vorkommende Fall der Uebernahme der Schulden des Verkäufers eines Grundstückes in Abrechnung auf das Kaufgeld im Gebiete des preußischen Landrechts zu einer reichhaltigen Literatur und selbst zum Erlaß eines Gesetzes Veranlassung gegeben [3]). Was dagegen die Lehrbücher über Novation, Delegation, Expromission, privative Intercession u. s. w. bringen, gehört, wie sich ergeben wird, nicht hierher.

Unter diesen Umständen ist eine allseitige systematische Behandlung des Stoffes, welche hier versucht werden soll, unverkennbares Bedürfniß. Ehe jedoch auf die Sache selbst eingegangen werden kann, ist es erforderlich, die nachfolgenden allgemeinen Untersuchungen über das Wesen

---

1) Pandekten. 3. Auflage. 6. Buch: Rechte an Handlungen. III. Ausübung der Obligatio. D. Uebertragung von Obligationen. §. 280. „Das Bedürfniß einer Uebertragung von Obligationen, welchem durch die Delegation, wodurch an die Stelle der alten eine neue Obligatio konstituirt wird, theils deshalb, theils wegen der Nothwendigkeit der Zustimmung aller betheiligten Personen nur unvollkommen genügt wird, wird durch die Möglichkeit befriedigt, die Ausübung der Obligatio einem Andern zu übertragen. Der Schuldner kann einen Stellvertreter bestellen, der für ihn die Klage übernimmt, der Gläubiger einen, der die Forderung statt seiner geltend macht, und in beiden Fällen kann dies so geschehen, daß der Procurator es für eigene Rechnung, procurator in rem suam ist, daß er also dort selbst die Bezahlung des Gläubigers übernimmt, hier das von dem Schuldner Beigetriebene behält." — Man vergleiche damit Savigny, System, Bd. 3. S. 15. Anm. f. „Bei den Obligationen giebt es keine Singular-Succession, sondern nur Surrogate, nämlich novatio oder cessio actionis. — Vangerow handelt im 3. Band des Leitfadens unter der Ueberschrift: „Eintritt in ein fremdes Obligations-Verhältniß" A. vom „Eintritt in ein fremdes Forderungsrecht vermittelst Cession", B. von der „Uebernahme einer fremden Schuld durch Intercession."

2) C. F. Koch, Lehre vom Uebergange der Forderungsrechte. Breslau 1837. §. 40. s. auch §. 11. S. 45 fg. u. §. 54. S. 329. desgl. Lehrbuch des preußischen Privatrechts, Th. II. §. 534. —

3) Ergänzungen der preuß. Rechtsbücher von Gräff u. And. Allg. Landrecht, Th. I. Tit. 20. §. 53, 54. Ausg. 3. S. 453—464. Suppl.-B. S. 224. — Vergl. für das österr. R. Michael Schuster: Ist der Uebernehmer eines verpfändeten Grundstücks den Hypothekengläubigern persönlich, folglich mit seinem Vermögen verpflichtet? Wien 1830.

der Forderung und der Schuld und über die Möglichkeit der Singular-Succession bei ihnen vorzunehmen. —

Obligatio ist nach römischen Grundsätzen ein Rechtsverhältniß zwischen Personen, vermöge dessen eine der andern zur Leistung einer Handlung verpflichtet ist, ein Verhältniß, welches nur durch diese wechselseitige Beziehung bestimmter Individuen auf einander existirt und sich von der Person des Gläubigers oder Schuldners nicht trennen läßt, ohne selbst aufgehoben zu werden.

Die klassischen Stellen, in welchen dieser Grundsatz, welcher zu den festesten des römischen Rechts gehört, ausgesprochen, sind:

L. 3 pr. D. de O. et A. (44, 7) Paulus. Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquid corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.

Gaji Instit. L. II. §. 38. Obligationes quoquo modo contractae nihil eorum recipiunt, nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum, sed opus est, ut jubente me tu ab eo stipuleris: quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat, tibi teneri; quae dicitur novatio obligationis.

L. 25. §. 2. D. de usufr. (7, 1.) . . . Non solet stipulatio semel cui quaesita ad alium transire.

Dagegen ist es eine Grundanschauung des deutschen Rechts, daß Forderungen und Schulden als Werthe Gegenstände des Verkehrs sind und Veräußerung gestatten.

Die Quellen des deutschen Rechts sind nicht von der Art, daß sich dieser Satz durch Citate ohne Weiteres darthun ließe. Man ist genöthigt, etwas ausführlicher zu sein.

Zunächst ist es eine bereits anerkannte Thatsache, daß, während das römische dominium sich auf körperliche Sachen beschränkt, das deutsche Wort Eigenthum sich auch auf Forderungen erstreckt, ein Sprachgebrauch, der, gleichmäßig in den ältesten Urkunden wie in den neueren Gesetzbüchern hervortretend[4]), nicht zufällig ist, sondern darin

4) S. die Stellen bei Kraut, Grundriß zu Vorlesungen über das deutsche Privatrecht, 2. Ausg., §. 105. — Preuß. Landrecht, Th. I. Tit. 8. §. 1. — Oesterr. G. B. §. 353. — Vergl. Gerber, deutsches Privatrecht §. 76. — Daher das unrömische, in der Geschäftssprache unentbehrliche: „Eigenthümer der Forderung" u. s. f.

eben seinen Grund hat, daß Forderungen und körperliche Sachen als zusammengehörig gedacht werden. Hiermit hängt etwas anderes zusammen. Das römische Recht stellt Sachen und Obligationen einander gegenüber und sieht in diesem Gegensatze eine Grundeintheilung des Rechts, das deutsche Recht dagegen läßt diesen Unterschied auf sich beruhen und theilt alles Gut, bestehe es nun in Sachen oder Forderungen, ein: in fahrende Habe und liegendes Eigen. Forderungen gehören je nach Umständen zu dem einen oder anderen Theile des Vermögens [5]). Als diese verschiedenen Eintheilungen sich nach der Reception des römischen Rechts durchkreuzten, entstand für die Theorie, welche von den Romanisten beherrscht wurde, der Zweifel, ob gewisse deutsche Institute dem Sachen- oder dem Obligationenrecht zu überweisen seien, für die Praxis aber, der sich das deutsche Element aufdrängte, die Frage, ob Forderungen als bewegliche oder unbewegliche Sachen — denn nur auf Sachen wendet das römische Recht diese Unterscheidung an — zu betrachten seien; eine Frage, welche von älteren Praktikern dahin beantwortet wurde, daß Forderungen weder bewegliche noch unbewegliche Sachen, sondern als eine dritte selbständige Gattung des Vermögens anzusehen seien [6]). Nicht minder hervortretend ist der Gegensatz zwischen beiden Rechten in der Terminologie. Während das Wort obligatio, das auf jeder Seite des corpus juris vorkömmt, unübersetzbar und deshalb von den Juristen beibehalten ist, sind Forderung und Schuld Ausdrücke, welche den Römern als nomen, creditum, debitum zwar bekannt, aber durchaus nicht im heutigen Umfange geläufig sind und namentlich niemals dann gebraucht werden, wenn von dem Wesen dieser Begriffe und vom System die Rede ist. Das römische Recht würde ohne jene Ausdrücke bestehen können, für uns sind sie die einzigen, welche die deutsche Sprache darbietet. Es ist kein Gegengrund, daß das ältere deutsche Recht auch das Wort Forderung im heutigen Sinne nicht kenne [7]), denn es ersetzte den Mangel durch andere Ausdrücke als Geld [8]), Erbgeld, koopschilling, breef, hantfest u. s. f. oder bediente sich

---

5) Kraut, Grundriß, §. 145, Nr. 28, 54; §. 95, Nr. 46, 48. —

6) Gail, Observ. lib. II. obs. 11. No. 9. — Carpzov, Definit. p. II. const. 12. def. 27. No. 5. — Stryk, Us. mod. Pand. lib. 39. tit. 5. §. 9.

7) Sachsenspiegel II. 60. §. 1. — 15. §. 1. — Hier bedeutet Forderung soviel als Klage überhaupt. —

8) Sachsensp. I. 54. §. 4. — III. 39. §. 2. — 85. §. 1 u. 4. — Michelsen, Oberhof zu Lübeck Nr. 213, 233, 54. —

des Wortes Schuld [9]), mit dem man in der That auskommen kann, da jede Forderung zugleich eine Schuld ist.

Schon aus dem Bisherigen folgt, daß der Begriff der Obligatio im Sinne eines persönlichen Verhältnisses im deutschen Recht völlig zurücktritt und dagegen die Forderung angeschaut wird als Bestandtheil der Habe, als Sache. Noch spezieller läßt sich dies an Rechtsinstituten deutschen Ursprungs nachweisen. Es mögen zwei hier hervorgehoben werden: der Rentenkauf und die auf den Inhaber lautenden Papiere. Beim Renten- oder Gültenkauf, nachweislich schon zu Anfang des 14. Jahrhunderts in Gebrauch und keineswegs zur Umgehung der Zinsverbote erfunden [10]), ist schon der Name von entscheidender Bedeutung. Während im Sinne der Römer einfach von Gläubigern und Schuldnern zu reden wäre, wird derjenige, der das Recht auf die Prästationen gewinnt, Käufer und der andere Contrahent Verkäufer genannt und somit die Forderung als verkaufte Sache und zwar schon im Augenblick des Entstehens, oder vielmehr genau gesprochen schon vorher, betrachtet. Folgerecht gilt denn auch die Hingabe des Kapitals Seitens des Käufers als Zahlung des Kaufpreises [11]) und die Rückzahlung als Wiederkauf [12]), auch legt man dem, der einen Erbenzins zu leisten hat, ein Vorkaufsrecht bei [13]), indem die Cession des Rechts

---

9) Sachsensp. I. 6. §. 5. — 65. §. 4. — II. 5. §. 2. — III. 85. §. 2. — Michelsen, Nr. 87, 213 — Wo platt gesprochen wird, hört man noch jetzt nicht selten: meine Schuldner, statt: meine Gläubiger.

10) Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, 4. Ausg. §. 377. Anm. a. — Möser, patriot. Phantasien, Th. 2. S. 103 flg. — Cap. I. Extr. comm. de emt. et vend. — Duncker, Reallasten §. 16. —

11) Urkunde von 1443 (Kraut, Grundriß §. 145, Nr. 62). Wir thun kunt, daß wir verkaufft haben — 18 Schock geldes jerlicher czinse; — darvor haben uns de vorgenanten herrn gegeben 220 Schock. — Hamburger Stat. von 1270 (bei Eichhorn, D. St. u. R. Gesch. §. 360. Anm. d.) wolde over ein Mann sin Erventins losen und wurden se twydrachtig, so dat erer ein sede, dat de Ervetins dürer kofft wese, und der andere sede min . . . —

12) Pol.-Ordnung von 1530. Tit. 26. §. 1. (Koch, Sammlung Bd. 2. S. 341.) . . . daß etliche eine Summe Gelds als 800 Gülden hinleihen sollen und doch im Kauffbrief mehr als 1000 setzen lassen, dadurch ihnen mehr denn 5 vom 100 verzinset und im Wiederkauff mehr denn ihr Hauptsumma gewesen, empfangen.

13) Braunschw. Stat. 18. (Kraut §. 145, Nr. 19.) Wel yenne, de den Ervetins hefft, den sulven tins vorkopen, de, des dat erve is, de is dar negher to gheldene, wen eyn ander. S. auch Nr. 20.

als Verkauf aufgefaßt wird [14]). So nehmen Renten völlig die Natur einer Waare an, weshalb das Lübsche Recht Lib. III. tit. VI. art. 8. sagen kann:

„Würde jemand unser Bürger Rente kauffen in dieser Stadt Häusern, der mag dieselben Rente auch unser Bürger einem vergeben, versetzen oder verkauffen und sonsten damit thun und handeln als mit andern Kaufmannswaaren."

Es ist uns sogar ein Erkenntniß des Lübschen Oberhofes vom Jahr 1489 aufbewahrt, welches in einem Prozeß zwischen zwei Prätendenten über das Eigenthum einer Rente entscheidet [15]). Eine solche Klage eines Gläubigers gegen einen anderen, wobei die Forderung als Sache gedacht und mit einer Art Vindication verfolgt wird, ist nach römischen Begriffen undenkbar, da ja der Gläubiger immer nur gegen den Schuldner klagen kann und diesem gegenüber die Existenz des obligatorischen Verhältnisses und seine Legitimation nachzuweisen hat.

Was die auf den Inhaber lautenden Papiere betrifft, die zwar schon sehr früh vorkommen [16]), ihre eigentliche Bedeutung aber doch erst durch den Verkehr der neueren Zeit erlangt haben, so gelten sie schlechthin und ganz allgemein als Waare. Dasselbe gilt von Wechseln. Sie werden gekauft, verkauft, haben einen marktgängigen Werth, werden außer Cours gesetzt u. s. f. und gerade in dieser ihrer Eigenschaft als Sachen liegt großentheils ihr Werth für den Geldverkehr. —

Dieser Gegensatz zwischen römischer und deutscher Auffassung mußte insbesondere in der Lehre von Cession der Forderungen hervortreten.

Schon die Römer wurden durch die Bedürfnisse des Verkehrs genöthigt, den Uebergang der Obligationen auf Dritte zu ermöglichen. Die Delegation genügte nicht auf die Dauer, da sie die alte Forderung zerstört und die Mitwirkung des Schuldners voraussetzt. Man half sich in der bekannten Weise. Das Prinzip bleibt unberührt stehen, Obligationen sind und bleiben unübertragbar, aber der Gläubiger kann den Dritten beauftragen, die Schuld einzuklagen und dann das Geld für sich zu behalten. Freilich, der Gläubiger konnte sich hinter dem Rücken des Dritten von dem Schuldner zahlen lassen, allein man

---

14) Lübsches Recht, Lib. I. tit. 2. art. 5.

15) Michelsen, der Oberhof zu Lübeck und seine Rechtssprüche S. 280, Nr. 210.

16) Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. V. S. 50 flg.

gewährte eine Aushülfe, indem der Anzeige (denuntiatio) die Kraft beigelegt wurde, jede Verhandlung zwischen Gläubiger und Schuldner unschädlich zu machen. Freilich, der Gläubiger konnte sterben und dann erlosch das Mandat, allein was hinderte, in diesem Fall ausnahmsweise das Mandat als nicht erloschen anzusehen? (actio utilis) u. s. f.

Die Juristen des Mittelalters und der späteren Zeit verstanden die in ihrer geschichtlichen Entwicklung höchst complizirte römische Cessionslehre nicht, hauptsächlich weil sie von Hause aus die deutsche Auffassung mitbrachten und unterlegten. Es entstand ein sonderbares Gemisch von Meinungen und Rechtssätzen. Die Uebertragbarkeit der Obligationen wurde allgemein angenommen und ein Uebergang des Rechts der Substanz nach — Singular-Succession — anerkannt. Man sprach nicht nur vom „Eigenthum an Forderungen", sondern wollte auch Institute des Sachenrechts, wie Vindication, Besitz, Tradition, Ersitzung u. s. f. auf Obligationen anwenden. Diese Auffassung ist, wenn auch nicht mit allen Consequenzen, in den Gesetzbüchern niedergelegt[17]), und eben ein Ausfluß der veränderten Ansicht. Neuere Forschungen haben das römische Recht in seiner Reinheit wieder hergestellt und dadurch der Rechtsgeschichte den wichtigsten Dienst geleistet. Wenn aber unsere heutigen Rechtslehrer den Standpunkt der Römer als den absoluten und noch jetzt gültigen hinstellen, so setzen sie sich in einen für die Autorität der Schule gefährlichen Widerspruch mit dem Leben und der Volksansicht. Der unbefangene Sinn wird niemals einsehen lernen, daß dem Cessionarius die Forderung nicht gehöre und daß er nur Beauftragter eines Menschen sei, der selbst nicht das mindeste Interesse für diese Forderung mehr hat. Man begreift nicht, wie es möglich ist, daß die Uebertragung der Obligationen unstatthaft und dennoch die Cession unentbehrlich ist. Entweder die Sache ist an sich vernünftig oder auch der Umweg ist verwerflich. Denn es ist eine falsche Vorstellung, daß die Bedürfnisse des Verkehrs in einem wirklichen Widerspruch stehen könnten mit der Rechtstheorie, dem man durch Fictionen und dergleichen abhelfen müsse. Wo ein solcher Conflict zu bestehen scheint, liegt die Schuld nicht am Verkehr, sondern an der Theorie, die das ihr überwiesene Problem nicht zu lösen vermag. Wenn es der Consequenz und dem Scharfsinn der Römer alle

---

17) Prß. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 376 flg. — Oesterr. G. B. §. 1392 flg. — Cod. civ. art. 1689, 90. —

Ehre macht, das ihrem Rechtssystem entsprechende Prinzip gerettet und doch einen Ausweg entdeckt zu haben, so sollte ein heutiger Jurist doch Anstand nehmen, Rechtsanschauungen, welche entschieden im Volke leben und Jahrhunderte hindurch die Jurisprudenz beherrscht haben, einfach zu ignoriren.

Die Grundlage der römischen Cessionslehre muß daher, insofern sie es noch jetzt sein soll, einer näheren Prüfung unterworfen werden.

Dieselbe wird in drei Wendungen, die aber bei denselben Schriftstellern nebeneinander sich finden, vorgetragen. 1) Man muß unterscheiden zwischen dem Recht an sich und der Ausübung desselben, jenes bleibt beim Gläubiger, diese ist eigenes Recht des Cessionars. (Mühlenbruch.) 2) Die Stellung des Cessionars beruht auf zwei zusammenwirkenden Momenten: sein Verhältniß ist die Ausübung einer fremden Forderung (er ist procurator), aber diese Ausübung ist sein eigenes selbständiges Recht (er ist procurator in rem suam). (Puchta.) 3) Der Cessionar ist dem Cedenten gegenüber selbständig berechtigt, dem Schuldner gegenüber Stellvertreter. (Vangerow.) Bei der letzten Wendung, die einen recht practischen Anschein hat, wird die Sache so gedacht, der Cessionar solle als Stellvertreter die Forderung einziehen, demnächst aber das eincassirte Geld behalten. Es wird jedoch hierbei übersehen, daß es in den meisten Fällen, namentlich wenn von zinstragenden Kapitalien die Rede ist, durchaus nicht in der Absicht des Cessionars liegt, die Forderung einzuziehen, sondern daß er den Zinsgenuß haben, sein baares Geld unterbringen will. Abgesehen hiervon würde die Sache so zu stehen kommen: der Cessionar wäre Bevollmächtigter schlechthin, sein eigenes Recht, das baare Geld demnächst zu behalten, wäre ein zukünftiges; der Schuldner würde also nicht berechtigt sein, dem Cessionar, welcher ihm gegenüber nur Stellvertreter ist, Einreden aus seiner, des Cessionars, Person entgegenzusetzen; keinem Dritten ferner könnte es gestattet werden, das cedirte Activum als Object der gegen den Cessionar zu vollstreckenden Exekution in Anspruch zu nehmen u. s. w. Da nun aber diese Folgerungen nicht anerkannt werden, so kann auch die Voraussetzung nicht richtig sein. Der anscheinend practische Erklärungsversuch ist mithin sehr unpractisch, und es fragt sich, wie es mit den beiden anderen Wendungen bestellt ist. Was das Recht an sich und das Ausübungsrecht betrifft, so beruht dieser Unterschied auf einer leeren Abstraction. Beide Begriffe decken sich. Denn wenn zugestanden wird, daß dem Gläubiger nach erfolgter Benachrichtigung des Schuld-

ners keinerlei Ausübung des Rechts mit Erfolg mehr gestattet ist, wenn überhaupt, wie doch von unseren Juristen behauptet wird, auf Umwegen dasselbe Resultat erreicht werden soll, was die Succession von selbst mit sich bringen würde, so fragt man vergeblich, welchen Inhalt denn dieses Recht an sich habe; es existirt nicht und kann nicht abgesondert von dem Ausübungsrecht existiren, mit dem es aufs engste zusammenhängt, mit dem es identisch ist. Es läßt sich denken, daß jemand die Ausübung eines Rechts einem andern entweder auf Zeit oder theilweise überläßt; es ist aber unmöglich, daß jemand das Ausübungsrecht in seinem vollen Umfange unwiderruflich abgiebt und dennoch das Recht an sich zurückbehält. Hieraus folgt denn auch, daß es eine Täuschung ist mit den „zwei zusammenwirkenden Momenten"; sie können nicht zusammenwirken, da eins das andere aufhebt. Wer ein fremdes Recht als Stellvertreter ausübt, kann diese Ausübung nicht als eigenes Recht haben, und wer ein eigenes Recht hat, kann in Bezug auf dasselbe Recht nicht als Beauftragter gelten. Mit dem mandatum actionis ist es also nichts, woher käme es denn auch sonst, daß schlechthin alle wesentlichen und characteristischen Merkmale des Mandats bei diesem procurator in rem suam fehlen: er ist nicht verpflichtet zur Ausführung des Auftrages, zur Rechnungslegung, zur Herausgabe des Empfangenen; er ist nicht abhängig von dem Willen des s. g. Mandanten, vielmehr kann er Vergleiche schließen, verzichten, den s. g. Vollmachtsauftrag weiter übertragen und trägt selbst die Gefahr; der Schuldner ist nach erfolgter Benachrichtigung nicht im Stande, die Stellung des s. g. Mandatars durch directe Verhandlung mit dem Gläubiger und Auftraggeber irgendwie zu alteriren; der Tod hebt das Verhältniß nicht auf; die Voraussetzung der Unentgeltlichkeit, Widerruf und Aufkündigung finden nicht statt; kurz es bleibt nur der Name des Mandats, sonst schlechterdings nichts bestehen[18]. Unsere Rechtslehrer sind denn auch darüber einverstanden, daß es eines eigentlichen Mandats gar nicht bedürfe, meinen aber, daß es schon in dem Rechtsgeschäft, welches den Grund der Cession bilde, von selbst liege. Das ist jedoch ein Nothbehelf, denn es ist leicht einzusehen, daß ich nicht ein Recht verkaufen und gleichzeitig dem Käufer sagen kann, er möge das Recht

18) L. 42. §. 2. D. de proc. (3, 3). Ea obligatio, quae inter dominum et procuratorem consistere solet, mandati actionem parit: aliquando tamen *non contrahitur obligatio mandati:* sicuti evenit, cum *in rem suam procuratorem* praestamus. — Vergl. auch Heffter, Civilprozeß §. 180. Not. 84.

in meinem Namen ausüben. Wenn es wahr ist, daß die Cession sich auf einen Kauf gründen kann, so ist es unmöglich, daß der Act der Cession ein Mandat sei, denn man muß zugestehen, daß ein Mandat, welches sich auf Kauf, Tausch, Schenkung u. s. f. gründet, kein Mandat ist. Man sieht, der Begriff des procurare in rem suam ist in sich unhaltbar, indem das in rem suam das procurare gänzlich aus dem Felde schlägt.

Wenn wir daher die Auffassung der älteren Schule, welche Forderungen wie körperliche Sachen behandeln wollte, nicht billigen können, so ist es ebenso unmöglich, der herrschenden Meinung beizupflichten, mit der einen ist es nicht besser bestellt, als mit der andern. —

Es ist nicht ungewöhnlich, daß dergleichen Gegensätze in ihrer Allgemeinheit und historischen Berechtigung erst spät erkannt werden. So lange die deutsche Ansicht vorherrschte, beschuldigte man das römische Recht unnützer Subtilitäten, und jetzt ist die frühere Meinung ein „Irrthum" und damit kurz abgethan. Aufgabe der wahren Wissenschaft aber ist es, diesen weit über das Gebiet der Cession hinausgreifenden Gegensatz in seinem geschichtlichen Zusammenhange vorzuführen und ihn zugleich innerlich zu vermitteln.

Diese Vermittlung bietet um so weniger Schwierigkeiten dar, als beide Standpunkte in sich berechtigt sind und mit einem geringen Abzuge ganz wohl neben einander sich vertragen.

O b l i g a t i o ist ein Verhältniß zwischen Personen, von diesem gilt alles das, was das römische Recht und jetzt wieder die herrschende Lehre annimmt, namentlich auch die Unzulässigkeit der Uebertragung. Allein dieses Verhältniß erzeugt in seiner lebendigen Entwicklung aus sich heraus etwas anderes, das ist die F o r d e r u n g, das ist die S c h u l d. Von diesem andern gilt alles das, was das deutsche Recht und die ältere Schule hervorhebt, namentlich auch die Möglichkeit der Veräußerung. Obligatio einerseits und Forderung nebst Schuld andererseits sind identisch, aber auch eben so sehr verschieden. Obligatio ist ein lebendiges Verhältniß zwischen Personen, Forderung und Schuld sind der feste, sachliche Niederschlag desselben. Obligatio drückt das subjective Verhalten, Forderung und Schuld drücken das objective Verhalten desselben Begriffs aus. Obligatio ist ihrer Natur nach ein vorübergehender Entwicklungsprozeß, Forderung und Schuld existiren, insofern sie als ruhend, als dauernd gedacht werden. Von Obligatio sprechen wir, indem wir die Personen in ihrem Verhältnisse zu einander be-

trachten, von Forderung und Schuld, indem wir das Ergebniß ihres gemeinsamen Willens als Gegenstand des Verkehrs, als für Andere seiend, anschauen. Obligatio bezeichnet die Beziehung der Pole auf einander, Forderung und Schuld sind die Pole in ihrer Selbständigkeit, so jedoch, daß jeder die Beziehung auf den andern als aufgehobenes Moment in sich hat. Obligatio geht zu Grunde in der Erzeugung von Forderung und Schuld, aber als Grund existirt sie in ihnen fort.

Dieser Unterschied ist nicht blos an sich vorhanden, er tritt auch practisch hervor. Man denke an solche obligatorische Verhältnisse, welche eine dauernde Quelle einzelner Forderungen sind, wie namentlich Miethsund Societätsverhältnisse. Das Schicksal der einzelnen veräußerlichen Forderung ist unabhängig von dem Verhältniß, als solchem. Man denke ferner an alte Hypothekenkapitalien, die im Wege der Cession von Hand zu Hand gegangen sind, während die Schuld von dem jedesmaligen Käufer des verpfändeten Grundstücks übernommen worden. Die ursprünglichen Contrahenten sind längst verstorben, ihre Erben vielleicht verschollen, jedenfalls kann man nicht sagen, daß sie irgendwie in einem lebendigen Verhältniß zu einander ständen, gleichwohl ist das Kapital vorhanden, und zwar als Sache, als Gegenstand mannigfacher Rechtsgeschäfte. Die Obligation hat nur noch die Bedeutung des Grundes der Forderung.

Nach allem diesen wird nun die richtige Auffassung keiner Mißdeutung mehr unterliegen. Die herrschende Auffassung ist wahr, insofern sie das Individuelle der Obligatio hervorhebt, sie ist unwahr, insofern sie das, was von Obligatio gilt, auch auf Forderung und Schuld überträgt. Die ältere Auffassung ist wahr, insofern sie Forderungen und Schulden als selbständige Gegenstände des Verkehrs auffaßt, sie ist unwahr, insofern das, was von Forderung und Schuld gilt, auch von Obligatio gelten soll, oder insofern übersehen wird, daß Forderungen und Schulden Erzeugnisse der Obligatio und keineswegs körperliche Sachen sind. Die römische Auffassung ist wahr, so lange Forderung oder Schuld nicht auf Dritte übertragen werden und auch nicht dazu bestimmt sind, übertragen zu werden, die deutsche Auffassung ist wahr, sobald Forderung und Schuld aus einem Vermögen in das andere übergehen und in dieser Veräußerlichkeit eine wesentliche Bestimmung derselben gesucht wird.

Forderungen und Schulden also im Gegensatz zur Obligatio sind Gegenstände des Verkehrs und unterliegen als solche im vollen Sinne

des Worts der Veräußerung. Der Uebergang auf Dritte ist so wenig gegen die Natur derselben, daß sie vielmehr erst durch diese Uebertragung ihre wahre Bedeutung im heutigen Verkehr erlangen. Die Obligation, welche der Schuld oder Forderung das Leben gegeben, ist in ihnen enthalten, aber auch nur enthalten, indem sie Grund, Betrag, Vorzugsrechte, Einreden und sonstige Eigenthümlichkeiten, kurz die Individualität der Forderung und der Schuld für immer bestimmt, so daß dieselbe trotz aller Veräußerungen immer dieselbe, aus dieser bestimmten Obligation entsprungene Forderung oder Schuld bleibt. Der Act der Veräußerung heißt bei Forderungen: Cession, bei Schulden: Uebernahme.

Man wird in Betreff der Cession vielleicht einwenden, daß die römische Lehre, wenn sie auch an sich nicht zu rechtfertigen sei, doch einen Bestandtheil des geltenden Rechts bilde. Allein die römische Lehre ist in Deutschland überhaupt nur insoweit recipirt, als sie mit der Zulässigkeit der Singular-Succession nicht im Widerspruch steht [19]). Das römische Recht ist bei der Reception mehrfachen Modificationen allgemeiner Art, so z. B. in Betreff der Vertragsformen, unterworfen worden, und es kommt nur darauf an, diese Thatsache in Beziehung auf die Cession zum Bewußtsein zu bringen. Ueberdies sind nur Rechtssätze, nicht aber Doctrinen, Erklärungsversuche, Inhalt des geltenden Rechts. —

Werfen wir von hier aus einen Rückblick auf das römische Recht, so zeigt sich, daß der Unterschied zwischen Obligation und Forderung und die Auffassung der letzteren als Sache demselben so fremd gar nicht ist, als man glauben sollte. Daß die Obligationen geradezu Sachen und zwar unkörperliche Sachen genannt werden [20]), soll hier nicht geltend gemacht werden. Dieser spekulative Versuch der Römer hat mit dem hier aufgestellten Begriff keinen unmittelbaren Zusammenhang, denn Obligationen sind nicht Sachen, sondern sie erzeugen

19) Schilter, Exercit. XXX. §. 64: ex quibus conficitur, moribus et usu fori nostri . . . cessionem jurium plene transferre dominium . . . . atque efficere cessionarium non procuratorem tantum in rem suam, sed plene dominum . . . ac jus romanum hac in parte non mutatum, sed haud receptum dici debet. — Vergl. auch Roßhirt, Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht Bd. 5. S. 41—70: Ueber Cession und actiones utiles, der ebenfalls gegen die herrschende Lehre sich erklärt. —

20) §§. 1 u. 2. J. de reb. incorp. (2, 2). — L. 1. §. 1. D. de div. rer. (1, 8).

Sachen. Wichtig ist dagegen folgender Umstand. Jede Klage setzt eine Rechtsverletzung voraus, vorher ist die Befugniß, den Richter anzurufen, nicht vorhanden, vorher kann namentlich von Verjährung nicht die Rede sein. Gleichwohl reden die Römer häufig von actio in Fällen, wo nicht im Entferntesten eine Rechtsverletzung vorgekommen ist, wo überhaupt die Anrufung des Richters gar nicht beabsichtigt wird:

L. 3 pr. D. de bon. poss. (37, 1) sive in corporibus sunt, sive in actionibus, bona appellabuntur,

L. 49. D. de V. S. (50, 16) bonis annumerabitur, etiamsi quid est in actionibus,

L. 43. D. de usu et usufr. (33, 2) . . . et aes alienum ex bonis deducetur, et quod in actionibus erit, computabitur.

Wir werden also sagen müssen, actio hat eine doppelte Bedeutung, einmal heißt es Klage und sodann heißt es Forderung, nomen.

L. 59. D. de leg. III. (32, 1) . . . si nomen quis legaverit, id quod in actionibus est, legatum intelligitur. L. 25. §. 1. D. fam. ercisc. (10, 2) vergl. mit L. 3 pr. D. de bon. poss.

Nomen oder actio in diesem Sinne und obligatio bilden nun denselben Gegensatz wie Forderung und Obligatio[21]). Erwägt man nun ferner, daß der ususfructus an einem nomen für zulässig erklärt[22]), daß der Begriff des Kaufs auf actio angewendet[23]) und endlich in L. 4. D. de V. S. (50, 16) geradezu gesagt wird: nominis appellatione rem significari: so wird zugegeben werden müssen, daß die Elemente der oben entwickelten Ansicht schon im römischen Recht sich zeigen, aber allerdings auch nur die Elemente, welche eine weitere practische Entwicklung nicht erfahren haben und erst in der deutschen Auffassung zu ihrem Rechte gelangt sind. So wird der Nießbrauch an einer Forderung ausdrücklich als Singularität bezeichnet[24]), und hinsichtlich der doppelten Bedeutung von actio hat man wohl Grund anzunehmen, daß dieselbe von den Römern mit Bewußtsein nicht erkannt ist, weshalb die Vermischung der sehr verschiedenen Begriffe von Klage und Forderung

---

21) Puchta, Pandekten §. 285: „Was cedirt wird, ist die Forderung (actio), nicht der Grund derselben, das obligatorische Verhältniß." — Mühlenbruch, Cession §. 2, insbes. S. 16. — Vergl. auch Abschn. II. lit. c. —

22) L. 3. D. de usufr. ear. rer., quae us. consum. (7, 5).

23) Tit.: de actione vendita. Dig. lib. 18. tit. 7. — Cod. lib. 4. tit. 39. —

24) L. 1—3. D. de usufr. ear. rer. (7, 5).

nicht ohne Folgen geblieben. Uebrigens giebt uns dieser Umstand Aufklärung über die wahre Natur der so oft besprochenen Verwandtschaft zwischen obligatio und actio. Actio im Sinne der Klage ist mit obligatio nicht näher verwandt als mit dominium, denn aus beiden entspringen Klagen, aber erst in Folge einer Rechtsverletzung, nicht früher. Dagegen ist actio im Sinne der Forderung das unmittelbare und ausschließliche Ergebniß der obligatio, so daß beide in der innigsten Beziehung zu einander stehen. Jedenfalls ist dieser Sprachgebrauch der Römer ein wichtiger Fingerzeig, denn wenn es gewiß ist, daß Obligationen nicht Klagen sind, sondern Klagen erzeugen, so muß es eben so gewiß sein, daß Obligationen nicht Forderungen sind, sondern Forderungen erzeugen, daß mithin beide Begriffe auseinanderzuhalten sind, denn sonst wäre es unerklärlich, daß man Forderungen mit dem Ausdruck actiones bezeichnete. Wenn übersehen wurde, daß Forderungen ohne Rechtsverletzung bestehen, Klagen aber eine solche nothwendig voraussetzen, so erklärt sich dies daraus, daß man sich einmal daran gewöhnt hatte, das Product der Obligationen actio zu nennen, und daß die Form, unter welcher der Verkehr mit Forderungen zuläßig erschien, sich geschichtlich an ein prozessualisches Institut anschloß. —

Es ist nicht zu verkennen, daß Forderungen und Schulden, insofern sie als Sachen gedacht werden, eine eigenthümliche Natur annehmen, sie gehören alsdann weder zum Sachenrecht noch zum Obligationenrecht. Zwar entstehen sie aus Obligationen und gehören in dieser Beziehung dem Obligationenrecht an, allein sie überschreiten dies Gebiet, indem sie der Substanz nach aus einem Vermögen in das andere übertragen werden können. Dem Sachenrecht gehören sie an, insofern sie als Sachen gelten und Fruchtgenuß sowie Veräußerung gestatten, sie entziehen sich aber dennoch wieder den Grundsätzen dieses Gebietes, indem sie nur Werthe, vorgestellte Sachen sind und Besitz an ihnen nicht denkbar ist.

Forderungen und Schulden nehmen daher ein eignes Rechtsgebiet für sich in Anspruch, in welchem die eigenthümlichen Grundsätze, denen sie in ihrer Eigenschaft als Gegenstände des Verkehrs unterliegen, zu entwickeln sind. Demselben würden insbesondere die Lehren von der Cession der Forderungen und von der Uebernahme der Schulden zu überweisen sein, indeß würden auch noch andere Gegenstände dahin gehören, so z. B. die Lehre von den auf den Inhaber lautenden Papieren, deren Besonderheit darin besteht, daß Schulden ohne Obligation

entstehen, indem sie blos durch den Willen des Schuldners, der selbst der erste Inhaber ist, geschaffen, „emittirt“, „creirt“ werden.

Dieses vom „Obligationenrecht“ zu unterscheidende „Recht der Forderungen und Schulden [25])“ ist, da z. E. das Detail der Cessionslehre aus den Quellen des römischen Rechts entwickelt werden muß, während der Grundgedanke, die Singularsuccession, deutschen Ursprungs ist, so gemischter Natur, daß es schwer halten möchte, das geltende Recht nach seinen Elementen zu trennen und ein Stück dem romanistischen, das andere Stück aber dem germanistischen Theile der Jurisprudenz zu überweisen. Dies gilt auch von dem Theil jenes Gebiets, dessen Darstellung den Gegenstand dieser Abhandlung bildet.

Dieselbe wird folgende Abschnitte umfassen:

Begriff der Uebernahme fremder Schulden. (II.)
Verhältniß zwischen Schuldner und Uebernehmer. (III.)
Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner. (IV.)
Verhältniß zwischen Gläubiger und Uebernehmer. Klage. (V.)
Verhältniß zwischen Gläubiger und Uebernehmer im Uebrigen. (VI.)
Weiterübertragung der Schuld auf einen zweiten Uebernehmer. (VII.)

Der erste Anhang wird ausschließlich das römische Recht behandeln und der zweite Anhang einen bisher noch nicht veröffentlichten Rechtsfall bringen. —

25) Hieraus geht hervor, wie unpassend es ist, statt „Obligationenrecht“ mit Bucher, Koch u. A. „Recht der Forderungen“ zu sagen. Vergl. Grimms deutsche Rechtsalterthümer S. 600. Dem römischen Ausdruck obligatio entspricht kein altdeutscher von gleichem Sinn. Fordrung würde mehr die aus der obligatio entspringende actio, als das Verhältniß zwischen creditor und debitor bezeichnen, allein Recht der Forderungen klingt noch undeutscher und steifer, als jus actionum unlateinisch.

Zweiter Abschnitt.

Uebernahme fremder Schulden. Begriff.

Unter Vermögen verstehen wir die Gesammtheit aller auf eine Person, als deren Träger, sich beziehenden Rechtsverhältnisse, welche nach Gelde geschätzt werden können [1]). Diese rein quantitative Beziehung des Vermögens bringt es mit sich, daß auch die Schulden als Bestandtheile des Vermögens aufgefaßt werden müssen. Bei den Römern hatte indeß diese Berücksichtigung der Schulden einen rein negativen Charakter, indem sie nur insofern in Betracht kamen, als sie das Vermögen mindern: „bona intelliguntur cujusque quae deducto aere alieno supersunt [2]).“ Bei consequenter Durchführung dieses Grundsatzes hätte man dahin kommen müssen, zu sagen, es sei, wenn nichts übrig bleibe, nach Abrechnung der Schulden auch kein Vermögen vorhanden. Indeß wurde doch ausdrücklich anerkannt, daß auch in diesem Falle noch immer von einem Vermögen zu reden sei [3]). Zu noch bestimmterer Anerkennung gelangte diese letztere Auffassung im modernen Recht. Dafür zeugen die technisch gewordenen Ausdrücke: Activvermögen und Passivvermögen und die Art der Anfertigung von Vermögens-Inventarien [4]). Der

---

1) Savigny, System, Bd. 1. S. 376.

2) L. 39. §. 1. D. de V. S. (50, 16). vergl. L. 11. D. de jure fisci (49, 4). L. 8. §. 4. C. de bon. quae lib. (6, 61). L. 69. D. ad Leg. Falc. (35, 2). L. 20. §. 3. D. fam. ercisc. (10, 2).

3) L. 3. pr. D. de bon. poss. (37, 1). Nam sive solvendo sunt bona sive non sunt . . . in hoc loco proprie bona appellabuntur. L. 50. pr. D. de hered. pet. (5, 3). L. 119. D. de V. S. (50, 16).

4) Vergl. das Formular in der Allg. Prß. Ger.-Ord. Th. II. tit. 5. ad §. 53.

Inbegriff der Schulden gelangt hierdurch zu einer positiven Selbständigkeit. Was nun von dem Inbegriff der Schulden gilt, findet auch Anwendung auf jede einzelne Schuld für sich genommen. Legt man der Schuld nur die negative Bedeutung der Verminderung bei, so scheint sie Gegenstand eines Rechtsgeschäfts nicht werden, den Character der Sache nicht annehmen zu können. Allein wie jeder Begriff Merkmale seines Gegensatzes an sich hat, so finden sich auch bei dem Begriffe der Schuld Momente einer positiven Bedeutung. Wenn daher der Gläubiger nicht blos Rechte, sondern auch Pflichten, z. E. hinsichtlich der Annahme der Zahlung hat, so hat auch derjenige, zu dessen Vermögen eine Schuld gehört, nicht blos Pflichten und Nachtheile, sondern auch Rechte und Vortheile. Die letzteren sind mannigfaltiger Natur; so ist er befugt in allen Verhältnissen, bei welchen der Betrag des Vermögens zum Maaßstab genommen wird, z. B. in gewissen Fällen des beneficium competentiae [5]), die Schuld in Abrechnung zu bringen, so kann er letztwillig über die Schuld verfügen, indem er sie z. E. einem unter mehreren Erben ausschließlich überweist [6]), so endlich — und das ist das Wichtigste — kann er die Schuld auf einen anderen übertragen, namentlich indem er Zahlung oder Vergütung überhaupt dadurch entgegennimmt, daß der Dritte die Schuld ihm ab- und auf sein Vermögen übernimmt. Hier erscheint die Schuld als Zahlungsmittel und somit als Gegenstand des Verkehrs, als Sache in dem früher angegebenen Sinne, jedoch mit der sich von selbst verstehenden Modification, daß nicht das Activvermögen des Annehmers der Schuld, sondern vielmehr sein Passivvermögen vermehrt und daß, abgesehen von der Gegenleistung, nicht der Empfänger, sondern der Veräußerer bereichert wird, indem sich seine Passiva vermindern. Wir gelangen hierdurch zu dem Begriff eines passiven Werthes, eines passiven Zahlungsmittels, einer passiven Veräußerung. Diese Art der Zahlung hat indeß für beide Theile einen sehr reellen und positiven Werth. Hätte Baarzahlung erfolgen müssen, so würde das ganze Geschäft vielleicht an dem Mangel solcher Zahlungsmittel gescheitert sein. Der Verkehr mit Schulden ist daher, zumal in geldknappen Zeiten, von großer Wichtigkeit und weitgreifendem Einflusse.

5) L. 54. D. sol. matrim. (24, 3).

6) L. 69. §. 2. D. de leg. I. (50). — L. 20. §. 3, 5 u. 8. D. fam. ercisc. (10, 2). — L. 34. §. 3. D. de leg. III. (32, 1). — L. 7. §. 3. D. de liber. leg. (34, 3). —

Das Geschäft nun, durch welches dieser Verkehr vermittelt wird, ist die **Uebernahme**. Die Möglichkeit dieses Rechtsgeschäfts beruhet, wie sich aus dem Vorstehenden ergiebt, auf der Anwendung des Prinzips der Singular-Succession auf Schulden, welche, sobald man sich mit der Ansicht, daß Schulden passive Werthe, d. h. vorgestellte Sachen sind, vertraut gemacht hat, keiner Schwierigkeit unterliegt. Wenn man nicht leugnen kann, daß eine Universal-Succession möglich ist, auch wenn die Vermögens- oder Erbschaftsmasse lediglich aus Schulden besteht [7]), so ist auch die Singular-Succession, deren Unterschied von der ersteren eben nur darin besteht, daß sie nicht einen Inbegriff, sondern ein einzelnes Vermögensrecht zum Gegenstande hat [8]), denkbar in Bezug auf eine einzelne Schuld. Zwar ist es richtig, daß das Verhältniß der Zugehörigkeit einer Schuld zu einem Vermögen nicht als Eigenthum aufgefaßt werden kann, allein es ist auch nicht erforderlich, daß der Gegenstand der Succession eine körperliche Sache sei, weshalb denn bei Forderungen, obwohl sie keineswegs körperliche Sachen sind, die Succession, wie in der Einleitung gezeigt worden, unbedenklich zur Anwendung kommt. Die Succession ist dann immer denkbar, wenn der Gegenstand derselben der Disposition unterliegt. Daß diese Disposition bei Schulden wie bei Forderungen vorkommen kann, ist nicht zu bezweifeln und es ist irrig, die Analogie zwischen beiden und die Möglichkeit der Verfügung über Schulden zu verwerfen, ein Irrthum, der seine Quelle in dem anderen Irrthum hat, daß an Forderungen Eigenthum im juristischen Sinne möglich sei [9]).

Der weiteren Darstellung mag die Begriffsbestimmung vorausgeschickt werden.

Uebernahme einer Schuld ist der Act, durch welchen eine Schuld aus dem Passivvermögen des Schuldners ausgeschieden und in das Passivvermögen des Uebernehmers übertragen wird; er erfordert Seitens des Ueber-

---

7) S. Anm. 3. —

8) Savigny, System, Bd. 3. S. 12. —

9) A. Faber, Error. Pragm. dec. 48. err. 7. No. 7. sagt, nachdem er bemerkt hat, über Forderungen könne der Eigenthümer derselben disponiren: quod secus est in juribus et actionibus passivis, quae non sint in jure ac *dominio* debitoris. Itaque non est bona consecutio a juribus activis ad passiva, cum dispar et dissimilis eorum ratio sit, neque voluntas facere potest, ut donator, *id quod non habet*, transferre in donatarium possit. —

nehmers die Erklärung, daß er die Schuld übernehme und Seitens des Schuldners die Annahme dieser Erklärung[10]).

Nicht selten erhält die Uebernahme noch Zusätze, welche darauf berechnet sind, die Stellung des Gläubigers einestheils dem Uebernehmer, anderentheils dem Schuldner gegenüber näher zu bestimmen und zu fixiren. 1) Gläubiger und Uebernehmer treten in Verhandlung mit einander. Gemeinrechtlich hat sich eine besondere Rechtsform hierfür nicht festgestellt, eben so wenig im Gebiete des preuß. Landrechts. Der Gläubiger wird zuweilen zum Vertrage zugezogen und erklärt dann beiden Theilen gegenüber, daß er „die Uebernahme genehmige", daß er den Uebernehmer „als Schuldner annehme" oder daß die Forderung „auf dem Grundstück stehen bleiben könne[11])", zuweilen aber erklärt der Uebernehmer für sich allein dem Gläubiger gegenüber, daß er ihn als Gläubiger anerkenne und demnächst Zahlung leisten werde[12]). Diese letztere sehr angemessene Form hat in Neuvorpommern und Rügen den Charakter einer festen Rechtssitte angenommen. Der Uebernehmer erklärt gegen den Gläubiger, daß er die übernommene Schuld ohne Neuerung agnoscire und den bestehenden Verpflichtungen nachzukommen sich verpflichte[13]). Eine solche Urkunde, welche entweder

---

10) Vergl. Entscheidungen des Ob.-Trib. zu Berlin, Bd. 1. S. 96: „der Käufer erklärt nämlich durch Uebernahme einer Schuld nichts anderes, als daß er die Hauptverbindlichkeit des Verkäufers diesem abnehme und sie zu der seinigen mache." Desgl. Koch im schles. Archiv. Bd. 1. S. 564. (Ergänzungen zum A. L. R. I. 20. §. 53, 54. S. 462. d.): „Käufer tritt wirklich in die übernommene Darlehnsschuld ein." Es wird jedoch die unrichtige Beschränkung hinzugefügt: die Succession finde nur statt dem Verkäufer, nicht dem Gläubiger gegenüber. — Vergl. ferner Anm. 32. — Formulare siehe bei: Trützschler, Anweisung, 4. Ausg., Bd. 2. §. 50. S. 251; Claproth, freiw. Gerichtsbark., §. 31; Koch, Formularbuch, 3. Ausg. LII. Nr. 1. XXXIX. Nr. 5, 6. — Vergl. preuß. Ger.-Ordn. Th. II. Tit. 3. §. 11. —

11) S. die Rechtsfälle bei Fein, Beitrag zur Novation und Delegation, S. 6, und in den Rechtssprüchen der preuß. Gerichtshöfe, Bd. 4. S. 327. —

12) Beck, Formular, 7. Aufl. Nürnberg 1765. sect. III. cl. 4. f. XVIII. S. 942: „Formul einer Delegation. Urkunden . . . daß wir einer . . . Schuld schuldig worden sind, dem . . . 1200 Fl., die ihme zu bezahlen uns Herr . . ., dessen ihme von uns aberkaufften Behausung halber, angewiesen und transportiret, wir auch auf und über uns genommen haben, gereden und versprechen demnach . . . sothanes Kapital . . . zu verzinsen . . . und zu bezahlen." Vergl. auch Berger, Discept. for. Suppl. p. II. tit. 34. No. 4. praej. 2, 4. (s. Abschnitt V. Nr. 9). —

13) S. das Formular im Anh. II. Anm. 1.

unter die in den Händen der Gläubiger befindliche Schuldverschreibung gesetzt oder besonders ausgestellt wird, heißt „Agnition" oder „Folgebrief." 2) Der Gläubiger entläßt, falls er kein Bedenken hat, den Schuldner aus der Schuldverbindlichkeit, Liberation, Exnexuation. Beide Zusätze sind indessen für den Begriff unwesentlich und deshalb nicht in die Definition aufgenommen. Die entgegengesetzte Meinung ist jedoch sehr verbreitet. So sagt Koch: „die Uebernahme geschieht erst dadurch, daß der Käufer mit dem Gläubiger in ein Schuldverhältniß tritt und der Verkäufer durch seine Befreiung von jenen Schulden wegen des Kaufgeldes befriedigt wird[14])." Ferner das Obertribunal zu Berlin: „durch die Schuldenübernahme wird nur die Art der Kaufgelderbezahlung anders bestimmt und diese dadurch erfüllt, daß der Käufer den Verkäufer von dessen Verbindlichkeit gegen den Gläubiger befreit[15])." Für diese Ansicht läßt sich, namentlich insofern Gewicht auf die Befreiung des Schuldners gelegt wird, sagen, die mehr oder minder bewußte Absicht der beiden vertragenden Theile sei die, daß der Schuldner mit dem Gläubiger nichts mehr zu thun haben solle; diese Absicht trete noch klarer hervor, wenn der Uebernehmer sich etwa verbindlich gemacht habe, die Befreiung des Schuldners zu bewirken. Da nun der Schuldner durch die bloße Uebernahme nicht frei werde, so sei das Geschäft erst vollendet, wenn die Befreiung bewirkt worden. Gegen diese Auffassung spricht zunächst die Erfahrung, daß die Befreiung des Schuldners durch Entlassung Seitens des Gläubigers in der Mehrzahl der Fälle nicht erfolgt und die Erwägung, daß somit — eine seltsame Erscheinung — das Geschäft in der Regel unvollendet bliebe. Den Ausschlag aber giebt die Unterscheidung zwischen Schuld und Obligation. Der Uebernehmer hat es lediglich und allein mit der Schuld zu thun, insofern sie Gegenstand des Verkehrs ist, das obligatorische Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner bleibt dem Geschäft ganz fern, es kann daher auch die Auflösung dieses Verhältnisses nicht integrirender Theil des Rechtsgeschäfts sein. Was über die vermuthliche Absicht der vertragenden Theile bemerkt worden, ist richtig, allein man muß hier zwischen dem thatsächlichen und dem rechtlichen Element streng unterscheiden. Die Erfahrung lehrt hundertfältig, daß die bloße Uebernahme factisch genügt für das Interesse des Schuldners,

---

14) Uebergang der Forderungsrechte S. 360, 361.

15) Entscheidungen, Bd. 1. S. 98. —

indem der Uebernehmer seinen Verpflichtungen pünktlich nachkommt, und das ist es, was den Contrahenten vorschwebt, wenn sie ein Uebernahmegeschäft abschließen. Daß juristisch die Verbindlichkeit des Schuldners bestehen bleibt, ist eine Sache für sich. Die praktischen Seiten dieser Frage werden später erörtert werden.

Nach obiger Definition ist die Uebernahme fremder Schulden das grade Gegentheil der Cession, welche eine Forderung aus dem Activvermögen des Gläubigers in das Activvermögen des Cessionars überträgt. Es findet daher zwischen beiden eine große Analogie statt. Wie nun die Cession einen Grund voraussetzt, so ist auch erst die Uebernahme im Zusammenhange mit ihrem Grunde ein vollständiges Rechtsgeschäft. Beide haben hierin große Aehnlichkeit mit der Tradition und mit der Zahlung. Wie die Tradition eine justa caussa und die Zahlung einen animus voraussetzen und erst im Zusammenhange mit diesen eine reelle Bedeutung haben, so beruhen Cession und Uebernahme auf einem Grunde, ohne welchen sie im wirklichen Leben nicht vorkommen. Die Gründe der Uebernahme sind sehr mannigfaltig und lassen sich nur nach allgemeinen Kategorien angeben. 1) Schenkung; es kann nicht zweifelhaft sein, daß ich durch Uebernahme einer Schuld schenken kann, denn indem ich die Schuld in mein Vermögen übernehme, und sie aus dem Passivvermögen des Schuldners ausscheidet, bereichere ich den Schuldner auf Höhe des Betrages der Schuld[16]. 2) Zahlung; ich kann eine Schuld dadurch tilgen, daß ich eine Schuld meines Gläubigers übernehme, wie dies so häufig bei Kaufverträgen der Fall ist, indem der Käufer eine Schuld des Verkäufers in Abrechnung auf das Kaufgeld übernimmt. 3) Eigentlicher Tausch; es kann vorkommen, daß zwei Schuldner mit ihren Schulden tauschen, indem jeder die Schuld des andern von gleichem Betrage übernimmt. 4) Tauschähnliche s. g. Innominat-Contracte; bei Auseinandersetzungen zwischen Miterben, Gesellschaftern u. s. f. wird die Ausgleichung nicht selten dadurch herbeigeführt, daß einer derselben gegen eine anderweite Vergütung mehr Schulden übernimmt, als ihm zukommen; ferner werden häufig bei Uebertragungen von Begriffsganzen die dazu gehörigen Schulden gegen Abrechnung mit übernommen.

---

16) L. 11. pr. D. de except. Species acquirendi est, liberare dominum obligatione. — L. 115 pr. D. de reg. jur. — Dies gilt analogisch, wenn auch liberare obligatione nicht gleichbedeutend ist mit Uebernahme. —

Hierher gehört auch die Uebernahme einer Schuld gegen das Versprechen einer Vergütung oder gegen Baarzahlung, gleichsam ein passiver Kauf[17]).

Der Act der Uebernahme und der Grund derselben bilden innerlich ein untrennbares Ganze, äußerlich aber können sie ebensowohl auf einander folgen als zusammenfallen. Daher kommt es, daß der Grund oft als sich von selbst verstehend gar nicht ausdrücklich genannt wird, wie in dem Falle der Zahlung durch Uebernahme. Alsdann gewinnt es den Anschein, als sei die Uebernahme eben weiter nichts als eine Verabredung über die Art der Zahlung, z. E. der Kaufgelder und unterliege derselben Beurtheilung wie jeder andere Bestandtheil des Kaufcontractes. Man muß sich jedoch vergegenwärtigen, daß die Uebernahme als solche selbständige Folgen hat, welche sich aus den Grundsätzen über Kaufverträge nicht erklären lassen und diese Folgen grade sind es, welche uns hier beschäftigen, denn sie sind immer dieselben, wie verschiedenartig auch die zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte sein mögen, so daß die Uebernahme in allen Fällen ihren eigenthümlichen Character als Uebertragungsact bewahrt. Der Grund derselben wird außerdem ebensosehr seine besonderen Folgen haben, diese aber gehören zur Lehre dieser speziellen Verträge. Wir haben es daher mit einem Institut von derselben Selbständigkeit und von derselben Bedeutung wie die Cession der Forderungen zu thun und grade das Verkennen dieses selbständigen Characters ist es, welches überall und namentlich im preußischen Recht den wahren Standpunkt verrückt hat. —

Wenn bisher dargelegt worden, was die Uebernahme ist, so muß jetzt gezeigt werden, was sie nicht ist, denn da die Schule das Institut ignorirte, so war die Praxis in der üblen Lage, in jedem einzelnen Falle aus der Zahl der Schulbegriffe einen passend scheinenden herauszusuchen, wobei mannigfaltige Fehlgriffe gethan sind. Die Uebernahme der Schulden ist also nicht:

I. Delegation oder Expromission[18]). Durch diese beiden Rechtsgeschäfte wurde bei den Römern der Uebergang der Obligationen auf Dritte vermittelt[19]); nichts war daher natürlicher, als hier anzu-

---

17) Gmelin u. Elsässer, Beobachtung u. Rechtsfälle, Bd. 2. Nr. 11.

18) Vergl. die Ausführung bei Löwenberg, Motive der preuß. Gesetzgebung, Bd. 1. S. 313. —

19) Gaj. II. §. 38. — L. 7. §. 8. D. de dolo (4, 3).

knüpfen und die Uebernahme in diesem Sinne aufzufassen, was denn auch häufig und bis auf den heutigen Tag geschehen ist[20]). Gleichwohl ist der Unterschied durchgreifend: 1) Expromission und Delegation sind Unterarten der Novation, Verbalcontracte[21]), während die Uebernahme ein materieller Contract ist und mithin einen Grund voraussetzt. 2) Die Expromission ist ein Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem neuen Schuldner, durch welchen die alte Obligation getilgt und eine neue an deren Stelle gesetzt wird[22]); bei der Delegation geschieht dasselbe, jedoch unter Mitwirkung des alten Schuldners; in beiden Fällen bringt es der Untergang der alten Obligation mit sich, daß die Pfandrechte aufgehoben, der Zinsenlauf gehemmt[23]) wird und die Bürgen befreit werden[24]), während die Uebernahme, welche zwischen dem

---

20) Mevius, Decis. p. VII. dec. 10. — p. VIII. dec. 392. — Mevius, discussio levaminum inopiae debitorum, c. 7. No. 59 seq. — Hertius, Resp. Vol. I. resp. 461. No. 3; — vol. II. dec. 610. No. 1; dec. 888; dec. 567. — Cocceji, jus civ. contr. L. XXII. tit. 1. qu. X. No. 5. — Müller, prompt. juris, p. V. No. 24. — Beck, Formular, 7. Aufl. Nürnberg 1765, sect. III. cl. 4. form. XVIII. S. 942. — Claproth, freiwillige Gerichtsbarkeit, 3. Aufl. §. 31. S. 64 flg. — Gmelin und Elsässer, Beobachtungen und Rechtsfälle, Leipzig 1777. Bd. 1. Nr. 8; Bd. 2. Nr. 11. — Albrecht, Entscheidungen, Hannover 1799. Bd. 2. S. 237. — Chr. G. Biener, opusc. acad. vol. II. p. 215. — Ed. Fein, Beiträge zu der Lehre von der Novation und Delegation, ein Rechtsgutachten, Jena 1850. — Erk. des App.-G. zu Greifswald im Anhang II. —

Rechtssprüche der preuß. Gerichtshöfe von Simon u. v. Strampff, Bd. 1. S. 16. — Löwenberg, Beiträge zur Kenntniß der Motive der preuß. Gesetzgebung, Bd. 1. S. 313. — Koch, Uebergang der Forderungsrechte, S. 126. Koch, Formularbuch, 3. Ausg. No. XXXV. 2, 3.

Winiwarter, das österr. bürgerl. Recht, Bd. 5. S. 76. (2. Ausg.).

21) L. 8. §. 5. D. de N. et D. (46, 2). Si ab alio promissam sibi dotem maritus ab uxore dotis nomine stipulatus sit, non duplari dotem, sed fieri novationem placet. — L. 11. §. 1. l. c. fit delegatio per stipulationem. — L. 3. b. eod. tit. (8, 41) delegatione facta jure novationis tu liberatus es. — Gaj. III. §. 38 cit.

22) L. 1. D. l. c. Novatio est prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio, hoc est, cum ita nova constituatur, ut prior perimatur. — §. 3. J. quib. mod. toll. (3, 29). Novatione tollitur obligatio, interventu novae personae nova nascitur obligatio et prima tollitur. — Gaj. III. §. 176. —

23) L. 18. D. l. c. Novatione liberantur hypothecae et pignus et usurae non currunt. L. 11. §. 1. D. de pign. act. (13, 7). — Allg. preuß. L. R. Th. I. Tit. 16. §. 469 flg.

24) L. 4. C. de fideiuss. (8, 41). Mevius, Cons. posth. c. XXXVII. No. 3. — Allg. preuß. L. R. das. §. 472.

Schuldner und Uebernehmer vollzogen wird, die alte Schuld, d. h. die übernommene Schuld, nicht aufhebt, sondern deren Fortbestand mit ihren Accessionen sichert. 3) Expromission und Delegation befreien den alten Schuldner[25]), Uebernahme nicht. 4) Bei der Expromission ist die Mitwirkung des alten Schuldners nicht wesentlich[26]), bei der Uebernahme umgekehrt die Mitwirkung des Gläubigers. 5) Allgemein ausgedrückt: Expromission und Delegation sind Verträge auf dem Gebiete des Obligationenrechts, die Uebernahme bezieht sich auf Schulden in ihrer Bedeutung als Verkehrsmittel. Hiernach kann es keinem Zweifel unterliegen, daß auch nicht einmal eine Verwandtschaft statt findet. Dies wird nun auch wohl zugestanden werden, soweit vom reinen römischen Recht die Rede ist, man meint jedoch alle Bedenken beseitigt zu haben, wenn man sagt, an Stelle des römischen Verbalcontracts trete jetzt ein Consensualcontract. Es ist gewiß in hohem Grade zweifelhaft, ob bei uns, die wir nur Consensualcontracte kennen, die römischen Grundsätze über Verbalobligationen ohne Weiteres zur Anwendung gebracht werden können. Aber auch abgesehen von dieser Frage, deren Erörterung hier zu weit führen würde, zeigt sich bei näherer Betrachtung, daß die Delegation, auch als Consensualcontract betrachtet, mit der Uebernahme nichts gemein hat, und daß also hierdurch für unsere Lehre nichts gewonnen ist. Fein, dessen Versuch, die Sache in dieser Art aufzufassen, der neueste ist[27]), meint, es seien alle Erfordernisse der Delegation vorhanden, namentlich auch: 1) daß der Delegat (Uebernehmer) in ein unmittelbares Verhältniß zu dem Delegaten (Gläubiger) und 2) daß die neue Obligation an die Stelle der alten Verhältnisse trete. Allein was den ersten Punct betrifft, so waltet der große Unterschied ob, daß die Herstellung eines neuen obligatorischen Verhältnisses bei der Delegation nothwendig, bei der Uebernahme aber, soweit dies überhaupt denkbar erscheint, zufällig ist, sowie daß der seiner Natur nach einheitliche Act der Delegation nicht in mehrere getrennte Acte zerlegt werden kann. Denn die tägliche Erfahrung zeigt, daß der Bei-

25) L. 8. §. 5. D. l. c. quod enim ego debeo, si alius promittat, liberare me potest, si novationis caussa hoc fiat. L. 91. D. de sol. et lib. (46, 3). L. 68. §. 1. D. de evict. (21, 2).

26) L. 8. §. 5 cit. liberat autem me is, qui quod debeo promittit, etiamsi nolim. L. 91 cit.

27) Beiträge zu der Lehre von der Novation und Delegation. Ein Rechtsgutachten von Dr. Ed. Fein. Jena 1850. S. 24—28.

tritt des Gläubigers zur Uebernahme, wenn er erfolgt, in der Regel nicht gleichzeitig bewirkt wird. Sollte aber auch die oben widerlegte Meinung, daß der Beitritt des Gläubigers ein wesentlicher Theil des Geschäfts sei, — eine Meinung, deren Quelle, wie sich nun zeigt, im römischen Rechte liegt — richtig sein, so würde doch folgender Umstand gerechtes Bedenken erregen. Wenn man nämlich auch alle die Fälle der Uebernahme, welche unter Mitwirkung des Gläubigers erfolgen, als Delegation auffassen mag, so ist uns immer nicht geholfen für die große Anzahl der Fälle, in welchen diese Mitwirkung ausbleibt. Grade diese Fälle aber, welche nicht selten beim Verkehr mit Grundstücken[28]), noch häufiger aber dann vorkommen, wenn eine Kaufmannshandlung mit Activis und Passivis von einem Dritten übernommen wird, wenn ein Staat die auf den Inhaber lautenden Schuldscheine eines andern Staates, wenn der Fiscus Eisenbahnen und dergleichen übernimmt, machen die meiste Schwierigkeit und bilden die große Mehrzahl. Für diese Fälle müßte dann eine andere Analogie aufgesucht werden, und wir wären zu der willkührlichen, dem Sprachgebrauch und Geschäftsverkehr widersprechenden Annahme gedrängt, daß Uebernahme mit Zutritt des Gläubigers und Uebernahme ohne dessen Mitwirkung Rechtsgeschäfte verschiedener Gattung seien. — Nicht besser ist es mit dem zweiten Punkt bestellt. Die Obligation einerseits zwischen Gläubiger und Schuldner, andererseits zwischen Schuldner und Uebernehmer soll aufgehoben sein, und an ihre Stelle soll, wie Gesterding[29]) sich ausdrückt, „Eine einfache neue Obligation" zwischen Gläubiger und Uebernehmer treten. Allein diese neue Obligation entbehrt nach Aufhebung der Verbalcontracte des Grundes und somit der juristischen Gültigkeit. Man hat zuweilen geglaubt, ein mutuum brevi manu constitutum annehmen zu können[30]), indeß ist übersehen, daß die erforderlichen Voraussetzungen fehlen, namentlich die brevi manu traditio, da der Uebernehmer keineswegs bestimmte Geldstücke Namens

---

28) Bei J. E. J. Müller, Observ. pract. ad Leyseri Medit. Vol. VI. S. 46 — 51 findet sich ein solcher Fall.

29) Beitrag zu der Lehre von der Delegation; im Archiv für civil. Praxis, Bd. 2. S. 227 seq., insbes. S. 330, auch in Gesterding, Ausbeute, Bd. 5. b. S. 246. —

30) Entscheidungen des Obertribunals zu Berlin, Bd. 10. S. 152. Ergänzungen der preuß. Rechtsbücher. A. L. R. Th. I. Tit. 20. §§. 53, 54. Ausg. 3. S. 462. —

des Gläubigers bisher besessen. Aber auch, wenn man der freieren Ansicht huldigt[31]), nach welcher jede Schuld durch Uebereinkunft in ein Darlehen soll verwandelt werden können, kömmt man nicht weiter, da diese Uebereinkunft nur denkbar ist unter der Voraussetzung eines anderweit unter denselben Personen bestehenden obligatorischen Verhältnisses, während doch Gläubiger und Uebernehmer an sich in einem solchen Verhältnisse nicht stehen. Will man etwa sagen, es liege, sobald der Uebernehmer dem Gläubiger Zahlung zugesagt habe, ein acceptirtes Versprechen, mithin ein Vertrag vor, gleichviel, wie er genannt werde, so wird durch diese Auffassung dem Willen der Contrahenten Gewalt angethan, welche gerade beabsichtigen, daß der Dritte die alte Schuld mit Pfandrechten, Bürgschaften und sonstigen Accessionen übernehme, keineswegs aber eine neue Obligation ohne Priorität und ohne die alte Hypothek herstellen wollen. Uebernahme einer Schuld und Aufhebung einer Schuld stehen im directesten Gegensatze zu einander. Es liegt also schon im Sprachgebrauch die entschiedenste Hinweisung, daß das Geschäft, wie es bei uns in Uebung ist, nicht im Sinne der Novation, sondern im Sinne der Succession aufgefaßt werden muß, eine Vorstellung, die denn auch bei den Juristen immer wieder sich geltend macht und selbst dann hervortritt, wenn der Gesichtspunkt der Delegation aufgestellt wird[32]).

Vergleicht man die Uebernahme mit der Delegation oder Expromission, im römischen Sinne genommen, nach der practischen Seite, so springen die Vorzüge des deutschen Instituts in die Augen, wenn

31) Vangerow, Leitfaden, Bd. 3. S. 366; s. dagegen Koch, Uebergang der Forderungsrechte, S. 98, 291, 345 u. preuß. L. R. Th. I. Tit. 11. §§. 866, 867. Tit. 16. §. 452. —

32) Beck, Formular, 7. Aufl. Nürnberg 1765. S. 942. sect. III. cl. 4. f. XVIII. — Gmelin und Elsässer, Beobachtungen und Rechtsfälle, Bd. 1. Nr. 8. — Cocceji, jus civ. contr. Lib. XXII. tit. 1. qu. XI. No. V. — de Cannegiesser, Decis. Hass. Cassel. dec. 54. Hier war die Frage, ob der Uebernehmer in der Münzsorte zu zahlen habe, die in der alten Obligation verschrieben war, oder in der Münzsorte, in welcher die Kaufgelder berichtigt werden sollten. In der früheren Instanz wurde richtig für die erstere Alternative erkannt, die Oberinstanz, verführt durch die Annahme der Delegation, entschied anders. — Berger, Discept. for. Suppl. p. II. tit. 34. No. 4. praej. 2, 4. — Hinsichtlich des preuß. L. R. vergl. Koch, Uebergang der Forderungsrechte §. 56. — Koch, schles. Archiv, Bd. 1. S. 564. (Ergänzungen zum A. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 53 seq. Ausg. 3. S. 462. d.)

man erwägt, daß die Verträge, welche den Grund der Uebernahme, beziehungsweise die Veranlassung zur Delegation oder Expromission abgeben, zwischen dem alten Schuldner und dem Uebernehmer, beziehungsweise neuen Schuldner abgeschlossen werden und an sich das Interesse des Gläubigers gar nicht zu berühren pflegen. Es ist offenbar sehr bequem, wenn die Uebernahme zwischen denselben Personen ohne Zuziehung des Gläubigers verhandelt werden und die etwa wünschenswerthen Erklärungen des Gläubigers später selbständig erfolgen können, während das römische Recht die gleichzeitige Thätigkeit aller drei Personen erheischt. Der heutige Verkehr würde ohne Uebernahme gar nicht bestehen können, und viele Geschäfte würden ganz unterbleiben müssen, falls die Theilnahme des Gläubigers nicht entbehrt werden könnte, wenn nämlich sein Aufenthalt unbekannt oder sehr entfernt ist, seine oder seiner Erben Legitimation mangelhaft erscheint, oder wenn die Zustimmung verweigert wird. Dazu kommt, daß es auch für das Interesse des Uebernehmers sehr wesentlich ist, die Schuld zu übertragen, ohne sie aufzuheben. Ein Besitzer, auf dessen Grundstück alte Hypotheken ruhen, findet einen weit größeren Kredit als ein anderer, bei dem dies nicht der Fall; namentlich wird es ihm im Fall einer Kündigung weit leichter, Geld in der Art herbeizuschaffen, daß ein Dritter den Gläubiger gegen Cession abfindet, wobei denn auch ausdrücklich gesagt zu werden pflegt, es geschehe ohne Neuerung. Schon bei den Römern zeigte sich ein derartiges Bedürfniß, so daß der Satz aufkam, es könne bei der Novation das Pfandrecht durch Verabredung aufrecht erhalten werden[33]), ein Satz, der eine starke Inconsequenz enthält und dem Bedürfniß nicht vollständig abhilft, wenn es sich nämlich um die der Forderung an sich zukommende Priorität handelt. Das römische Pfandrecht ist gerade deshalb so reich an Anomalieen, weil in einer hypothekarischen Forderung die Natur der Sache besonders stark hervortritt. —

II. Intercession. Hier werden wenige Worte genügen. Intercession ist nach Deurer[34]): Obligirung zu Gunsten des Gläubigers eines anderen, als solchem, mittelst Verhandlung mit diesem Gläubiger; der Uebernehmer dagegen verhandelt mit dem Schuldner und durchaus

---

33) L. 12. §. 5. D. qui potiores. (20, 4) si creditor novatione facta eadem pignora accepit, in suum locum eum succedere. —

34) Archiv f. civil. Praxis, Bd. 28. S. 407 flg.

nicht zu Gunsten des Gläubigers. Der Bürge insbesondere verpflichtet sich freiwillig, ohne eine Verbindlichkeit gegen den Schuldner erfüllen zu wollen und hat Anspruch auf Entschädigung, während Uebernahme die Natur der Erfüllung oder Gegenleistung hat. Es ist denn auch die Analogie der Intercession nur selten herbeigezogen[35]).

III. Constitutum debiti alieni[36]). Man könnte jede Verwandtschaft durch die Bemerkung zurückweisen wollen, daß das constitutum debiti alieni eine Art der Intercession sei. Allein wenn auch dieser Gesichtspunkt zumal im Recht des Codex und der Novellen der vorherrschende ist, so läßt sich doch nachweisen, daß das c. d. a. nicht bloß zum Zweck größerer Sicherstellung des Gläubigers, sondern auch, um den Uebergang einer Schuld zu bewirken, benutzt wurde.

L. 1. §. 1. D. de pec. const. (13, 5) nam et mulieres de constituta tenentur, si non intercesserint.

L. 26. D. eod. . . decem quae Lucius Titius ex arca tua mutua acceperat, . . . habes penes me . . . respondi, actione de constituta pecunia eum teneri. Vergl. jedoch L. 27. pr. D. mand. (17, 1).

In solchen Fällen wird man auch mit Recht dem Constituenten die Rechtswohlthaten des Bürgen versagen[37]). Demnach ist es von Interesse, auch hier den Unterschied festzustellen, welcher sich auf folgende Sätze zurückführen läßt: 1) der Constituent schließt einen Vertrag mit dem Gläubiger[38]), der Uebernehmer dagegen mit dem Schuldner; leistet er später dem Gläubiger ein Zahlungsversprechen, so kann man nicht mehr von einem „debitum alienum" reden, weil eine übernommene Schuld recht eigentlich zum Passivvermögen des Uebernehmers

---

35) Für Intercession: ein Erkenntniß bei Strippelmann, Entscheidungen des O.-A.-G. zu Cassel, Bd. 5. S. 14. Anm. 48. — Hinschius, jurist. Wochenschrift, Jahrg. 1833. S. 291. — Dagegen: L. 3. D. ad SC. Vell. (16, 1). L. 13, 24 pr. eod. — L. 2. C. eod. (4, 29). — Hommel, rhaps. quaest. obs. 606. — Hertii Resp. Vol. II. dec. 567 und selbst auch dec. 644. No. 3. Koch, Uebergang der Ford.-R. S. 50. — Löwenberg, Motive, Bd. 1. S. 314.

36) Dafür: Berlichii Conclus. p. II. concl. 23. No. 10 seq. — Hertii Resp. Vol. II. dec. 644. — Leyser, spec. 152. No. 2. — Promtuar. jur. Bertochianum ed. Hommel s. v. constitutum N. 4. — Cocceji, jus civ. contr. L. XXII. tit. 1. qu. X. No. 5. — Böhmer, Rechtsfälle, Bd. 1. S. 335 flg. — Claproth, freiwill. Gerichtsbarkeit, 3. Aufl. S. 64. —

37) Vangerow, Leitfaden, neueste Aufl. Bd. 3. S. 146.

38) L. 5. §§. 2 u. 3. D. de pec. const. (13, 5).

gehört[39]). 2) Das constitutum kann wider den Willen des Schuldners erfolgen[40]), die Uebernahme nicht. 3) Die Uebernahme bewirkt Singularsuccession, das constitutum bringt zwei nebeneinander bestehende Obligationen hervor[41]).

IV. Zahlungsauftrag[42]). L. 45. §. 4. D. mand. (17, 1) si mandavero tibi ut creditori meo solvas. — L. 77. §. 6. D. de leg. II. (31). — L. 49. §. 6 de solut. (46, 3). — Blickt man nur auf den Erfolg und denkt sich die Zahlung schon geleistet, so ist in der That eine große Aehnlichkeit mit der Uebernahme vorhanden. Allein es kommt auf die Zeit des Abschlusses des Geschäfts an, und da zeigen sich erhebliche Verschiedenheiten. 1) Der Beauftragte ist nur Stellvertreter des Schuldners, minister solutionis, der Uebernehmer ist Successor. Hieran knüpfen sich wichtige Folgen, die jedoch erst später dargestellt werden können. 2) Das Mandat erlischt mit dem Tode des einen oder des anderen Theiles, es kann gekündigt, darf aber nicht weiter übertragen werden, es beruhet auf der Voraussetzung der Unentgeltlichkeit — Eigenthümlichkeiten, welche bei der Uebernahme nicht gelten.

V. Ein unbenannter Vertrag, mittelst dessen sich jemand gegen den Schuldner anheischig macht, an dessen Gläubiger Zahlung zu leisten[43]),

L. 22. C. de donat. (8, 54). Quum res filio ea conditione, ut creditoribus tuis solveret, te donasse proponas.

Von diesem Vertrage gilt dasselbe, was bei Nr. IV. vom Zahlungsauftrag gesagt ist, nur daß die dort unter Nr. 2 erwähnten Beschränkungen wegfallen.

VI. Anweisung. Diese enthält jedesmal[44]) einen doppelten Auftrag. Der eine ergeht an den Assignaten dahin, einem Dritten Zahlung zu leisten, der andere ergeht an den Assignatar dahin, die

---

39) L. 13. D. ad SC. Vell. (16, 1) .. quam prima facie quidem alienam, re vera autem *suam* obligationem succipit, ut ecce si hereditatem emerit et aes alienum in se transcribat.

40) L. 27. D. de pec. const. (13, 5). —

41) L. 28 eod. — L. 15. D. de in rem verso (15, 3). —

42) Dafür: Koch, Uebergang der Forderungsrechte, S. 51, 52. — Gravell, Commentar zur A. G.-O. Bd. 5. §. 290. Nachtrag. S. 176. —

43) Dafür: Savigny, System, Bd. 4. S. 138. —

44) Thoel, Handelsrecht, Bd. 1. §. 121 flg. — Weiske, Rechtslexikon, s. v. Anweisung.

Zahlung zu erheben. In der Regel wird aber ausdrücklich nur einer von diesen beiden Aufträgen ertheilt, während der andere stillschweigend erfolgt. Daher kommt es, daß man hier den einen, dort den andern Auftrag ganz übersehen und so das Geschäft einseitig aufgefaßt hat[45]). Betrachtet man jeden Auftrag für sich, so ergiebt sich folgendes. Der Einkassirungsauftrag, die active Seite der Anweisung, hat durchaus keine Aehnlichkeit mit der Uebernahme, denn es ist ein Geschäft, welches mit dem, der empfangen soll, verhandelt wird, nicht mit dem, der zahlen soll, dieser Auftrag ist vielmehr mit der Cession verwandt. Stellt man sich nämlich vor, daß der Anweisende Gläubiger des Assignaten ist, so kann er sich dieser Forderung als Zahlungsmittel in zweifacher Weise bedienen, entweder cedirt er die Forderung seinem Gläubiger, dann liegt eine Angabe an Zahlungsstatt vor, welche den Cedenten gegen den Cessionar sofort liberirt[46]), oder er ertheilt dem Gläubiger Anweisung, dann gilt der Rechtssatz: Anweisung ist keine Zahlung[47]). Dagegen hat der Zahlungsauftrag, die passive Seite der Assignation, allerdings eine gewisse Verwandtschaft mit der Uebernahme[48]). Falls nämlich der Anweisende Schuldner des Assignatars ist, kann er dadurch, daß er seinen Schuldner anweist, an jenen zu zahlen, von der Schuld befreit werden. Was den Unterschied betrifft, so kann wieder nur auf Nr. IV. u. V. verwiesen werden, indeß wird folgendes noch am Platze sein. Es unterscheidet sich nämlich die passive

---

45) Allg. preuß. L. R. Th. I. Tit. 16. §. 251: Wenn Jemand einem Andern den Auftrag macht, etwas, welches der Auftragende von einem Dritten zu fordern hat, bei demselben für seine eigene Rechnung zu erheben; so wird dieses eine Anweisung oder Assignation genannt. — Dagegen sagt Hugo Grotius: Aenwysing gheschiedt, wanneer een Schuldenaer sijne Schuldenaer versoek, aen sijne Inschulder betalinghe te doen van sijnent weghen. (Inleydinghe tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheydt. cap. 45.) —

46) L. 5. C. quando fiscus (4, 15). — L. 3. C. de Novat. (8, 42). — Vergl. Abschn. VI. Nr. IV.

47) Mevius, Decis. p. VII. dec. 46, 47. Es wird unterschieden zwischen der Anweisung (debitor ad solvendum constitutus procurator) und der Angabe an Zahlungsstatt. — L. 3. C. de Novat. (8, 42). — Fein, Beitrag zur Nov. u. Deleg. S. 24. —

48) Diese Auffassung haben: Hertius, Resp. Vol. I. resp. 461. No. 2. — Consil. Tubing. Vol. V. cons. XII. No. 82. — Müller ad Leyser, p. VI. S. 46—51. — Hofacker, princip. jur. tom. III. §. 4103. lit. c. — Schuster, Zwei Abhandlungen, Wien 1830. S. 118; s. auch Löwenberg, Motive, Bd. 2. S. 312. —

Anweisung von der Uebernahme gerade ebenso, wie die active von der Cession, d. h. dadurch, daß Cession und Uebernahme Succession wirken, während die Anweisung in beiden Formen nur ein Versuch ist, Schuldverhältnisse durch Zahlung abzuwickeln. Der Cessionar soll berechtigt, der Uebernehmer soll verpflichtet werden, wogegen der Assignatar Zahlung empfangen, der Assignat Zahlung leisten soll. Bei Cession und Uebernahme muß eine Forderung, eine Schuld vorhanden sein, welche cedirt und übernommen werden soll, während Anweisung vorkommen kann, ohne daß bis dahin ein obligatorisches Verhältniß zwischen den drei Personen oder zwischen zweien derselben existirte. Der Anweisende ertheilt regelmäßig die active und passive Anweisung in Bezug auf dieselbe Summe zugleich, wogegen der Fall, daß jemand eine Forderung cedirt und sie zugleich im Wege der Uebernahme als Schuld veräußert, nur als seltene Ausnahme vorkommen kann. (Vergl. Abschn. IV. Nr. 3. litt. b.)

Hugo Grotius stellt der Anweisung ein anderes Institut: oversettingh gegenüber, von dem er sagt: oversettingh is, wanneer der eene Schuldenaer werdt bevrijt stellende een andere die daer toe willich is, in sijn plaetse. By ons werdt noyt verstaen oversetting te geschieden, t'en sy duydelyck blycke, dat de wille is ghewest, dat de eerste Schuldenaer soude sin bevrijdt. Ende daerom aenwysinghe, schoon aenghenommen synde, brenght gheen oversettingh mede[49]). Dieses Institut scheint identisch mit unserer Uebernahme zu sein. Der Umstand, daß am Rande „delegatio" steht, spricht mehr für diese Annahme, als dagegen, wenn man das, was oben bei Nr. I. gesagt ist, erwägt. Wenn bei oversettingh ein so großes Gewicht auf die Befreiung des ersten Schuldners gelegt wird, während diese durch die Uebernahme als solche nicht erfolgt, so liegt hierin nur ein scheinbarer Unterschied. Denn auch von unserer Uebernahme kann man, wenn der Unterschied von der passiven Anweisung, worauf es dem Grotius ankam, festgestellt werden soll, sagen: es müsse deutlich zu sehen sein, daß der Wille gewesen, daß der Schuldner befreit sein, d. h. daß die Schuld aus seinem Vermögen ausgeschieden sein solle.

VII. Defensio. Derjenige, der sich gegen den Schuldner verpflichtet, ihn im Prozeß gegen den Gläubiger auf eigene Gefahr (in rem suam) zu vertreten, befindet sich in einer ähnlichen Lage, wie der

---

49) Inleydinghe cap. 44. —

Uebernehmer. Der Unterschied ist jedoch der, daß Uebernahme Singular-Succession, das Versprechen der Vertheidigung aber nur ein Verhältniß der Stellvertretung bewirkt, daß ferner letztere ein prozessualisches Institut ist, während die Uebernahme dem materiellen Recht angehört. Erwägt man, daß die Cession der Forderungen sich historisch aus dem mandatum actionis entwickelt hat, so liegt die Vermuthung nahe, daß die Uebernahme der Schulden dem mandatum defensionis ihren Ursprung verdanke[50]). Das römische Recht hat jedoch ein Analogon der Cession in diesem Sinne als Rechtsinstitut nicht geschaffen, so daß unsere Uebernahme weder geschichtlich noch begrifflich mit dem Versprechen der Vertheidigung zusammenhängt. Siehe das Nähere im Anhang I.

Die unter Nr. IV. bis VII. abgehandelten Verwandtschaften haben das Gemeinsame, daß derjenige, der in die Stelle des Schuldners tritt, als dessen Vertreter, als minister solutionis[51]) sich darstellt. Eine Verwechselung zwischen Vertretung nnd Succession tritt in der That leicht ein, wenn man beide Begriffe nicht scharf von einander sondert. Es soll deshalb im Verlaufe der Abhandlung auf die Differenzpunkte noch besonders aufmerksam gemacht werden.

VIII. Das Verhältniß des adjectus solutionis caussa. Der Unterschied ist hier größer als die Aehnlichkeit, indeß ist wirklich der Versuch gemacht worden, die Uebernahme in dieser Art zu erklären[52]). Es genügt, darauf hinzuweisen, daß der adjectus gleich bei Eingehung der Stipulation genannt wird, so daß dem Schuldner ein Recht erwächst, an den adjectus Zahlung zu leisten[53]), sowie daß der Schuldner die Wahl hat, ob er an den creditor oder an den adjectus zahlen will[54]). Der Uebernehmer kann nur an den Gläubiger zahlen, wenn er die Schuld tilgen will, die er übernommen hat, da derjenige, dem

---

50) Andeutungen in diesem Sinne s. bei Puchta, Pandekten, 5. Aufl. §. 280 und bei Koch, Uebergang der Forderungsrechte, §. 40. Desgl. Lehrbuch des preuß. Pr. R. Bd. 2. §. 534. —

51) Mevius, Decis. p. VIII. dec. 46, 47. — Böhmer, Rechtsfälle, Bd. 1. S. 335. — Vergl. Hommel, rhaps. quaest. obs. 690. — Consil. Tubing. Vol. V. cons. 12. No. 82. — Schuster, zwei Abh. S. 118. —

52) Koch, Uebergang der Forderungsrechte, S. 51. —

53) L. 12. §. 3; L. 106. D. de solut. (46, 3). —

54) L. 10, 59 u. 71 pr. D. eod. u. Note 53. — §. 31, 32. Tit. 16. Th. I. des A. Pr. L. R.

er die Schuld abgenommen, in Bezug auf diese Schuld nicht Gläubiger ist. Neuerlich hat namentlich auch das Obertribunal zu Berlin diese Auffassung verworfen[55]).

Hiermit ist die Reihe der verfehlten Erklärungsversuche noch nicht abgeschlossen. So berührt Fein[56]) die Frage, ob man das Verhältniß als Correalobligation in der Art auffassen könne, daß der Uebernahmevertrag als Beitritt des Uebernehmers zum Schuldverhältnisse anzusehen sei. Da indeß die Correalobligation nicht selbst ein Rechtsgeschäft ist, sondern nur als Wirkung gewisser Rechtsgeschäfte auftritt, so ist mit diesem Versuche für die Frage, welches Geschäft vorliege, nichts gewonnen. Andere nehmen eine stillschweigende Cession, noch andere einen Vertrag zu Gunsten eines Dritten an. Da jedoch diese Annahmen lediglich das Verhältniß des Gläubigers zum Uebernehmer betreffen und im Uebrigen das Institut kaum berühren, so mag die nöthige Erörterung für den fünften Abschnitt verspart werden. Dagegen ist es hier nicht ohne Interesse, den neuesten Ausspruch des Obertribunals zu Berlin, wie er in den Gründen des Anm. 55 angeführten Erkenntnisses gegeben worden, kennen zu lernen. Es heißt dort (S. 178 u. 179): „Tritt man jenem Verhältnisse näher, so kann in der Uebernahme der Schulden des Verkäufers in partem pretii weder das Verhältniß eines adjectus solutionis caussa noch das einer Novation gefunden werden. . . . Ebensowenig liegt in einer solchen Uebernahme der Begriff der Assignation . . . obwohl das Verhältniß mit dem Rechtsinstitute der Assignation unverkennbar einige Verwandtschaft hat. Diese führt denn auch zu der richtigen Auffassung. Der Verkäufer giebt die Sache dem Käufer mit der Bedingung, von einer Schuld befreit zu werden; er weist diesen zu dem Ende an, die Schuld zu zahlen; indem der Käufer diese Anweisung im Vertrage acceptirt, macht er sich dem Verkäufer verbindlich, wegen der Schuld für diesen zu expromittiren. In dieser Weise wird zwischen dem Verkäufer und dem Käufer ein festes, contractliches Band mit besonderen und selbständigen Wirkungen begründet, welches, eben weil es ein contractliches ist, nicht beliebig von dem einen oder dem andern Contrahenten einseitig geändert oder aufgehoben werden kann." Es ist diese neueste Erklärung

55) Entscheidungen, neue Folge, Bd. 10. S. 178. Erk. v. 26. Nov. 1850.

56) Beiträge zu der Lehre v. d. Novation u. Delegation, S. 24 u. 47. — S. auch das Erkenntniß des Ober-Trib. zu Berlin im Anhang II. —

eines unserer bedeutendsten Gerichtshöfe deshalb wörtlich wiedergegeben, weil sie mehr als alles andere geeignet ist, die unabweisliche Nothwendigkeit überzeugend darzuthun, die Uebernahme als ein selbständiges Institut zu erfassen und wissenschaftlich zu durchdringen. Wenn wir, jede Analogie verwerfend, nur zu sagen wissen: die Uebernahme „begründe ein festes contractliches Band mit besonderen und selbständigen Wirkungen", so heißt das mit anderen Worten: wir wissen, daß die Uebernahme etwas ist und zwar etwas Selbständiges, aber wir wissen nicht, was sie ist. —

Nachdem durch vorstehende Ausführung der Begriff der Uebernahme der Schulden in positiver und negativer Weise festgestellt worden, ist zu erörtern, nach welchen Rechtsvorschriften die in dieser Lehre vorkommenden Fragen und Zweifel zu entscheiden sind. Hierbei ist an die schon im ersten Abschnitt aufgestellte Behauptung, daß die Uebernahme deutschen, oder wenn man will, modernen Ursprungs sei, anzuknüpfen. Ein urkundlicher Nachweis dieser Behauptung ist nicht zu erwarten und auch nicht zu erbringen. Wenn sich indeß ergeben hat, daß das römische Recht keine brauchbare Analogie darbietet, daß vielmehr die passive Uebertragung der Obligationen in ganz anderer, uns völlig abhanden gekommener Weise bei den Römern bewirkt wurde, so liegt schon hierin eine freilich nur negative, deshalb aber nicht minder erhebliche Bestätigung. Denn ein Institut unseres gemeinen Rechts, welches entschieden nicht römisch ist, kann nur deutscher Abkunft sein. Dazu kommt, daß die Uebernahme wesentlich auf dem, dem germanischen Rechtsbewußtsein entsprungenen Gedanken der Singular-Succession in Forderungen und Schulden und auf der Vorstellung beruht, daß Forderungen und Schulden, abgesehen von dem obligatorischen Bande, als Vermögensstücke einer eigenthümlichen Behandlung unterliegen. Ueberdies wird sich im fünften Abschnitt noch eine speziellere Bestätigung herausstellen. Hieraus ergiebt sich denn von selbst, daß das römische Recht nur insoweit in Betracht kommen kann, als es überhaupt bei deutschen Instituten dieser Art angewendet werden darf, d. h. es können nur die allgemeinen Grundsätze des römischen Rechts und auch diese nur insofern beachtet werden, als sie dem Grundgedanken des Instituts nicht widersprechen. Ganz ausgeschlossen kann das römische Recht nicht werden, da die Uebernahme der Schulden ein Institut ist, welches sich erst nach Einführung des römischen Rechts, also unter dem Einfluß desselben ausgebildet hat. Im Allgemeinen müssen

wir das römische Recht überall dann zur Anwendung bringen, wenn es sich um die Folgen der Obligation als solcher und um die Nebenbestimmungen und Zusätze, z. B. um den Einfluß der Liberation und Agnition handelt, ausgeschlossen bleibt es dagegen, wenn Forderungen und Schulden als Vermögensstücke und die Folgerungen aus dieser Natur derselben in Betracht kommen. Namentlich ist es durchaus unzulässig, die ganz abweichenden Grundsätze des römischen Rechts über Novation und Delegation anzuwenden. Für alle Fälle, in welchen das römische Recht auszuschließen ist, sind wir daher auf das deutsche Recht angewiesen. Da nun aber das deutsche Recht, soweit es bisher wissenschaftlich bearbeitet worden, besondere Rechtsgrundsätze in Ansehung der Uebernahme nicht darbietet, da das Institut vielmehr nach und nach im Volks- und Geschäftsleben und zwar ohne alle Beachtung und Pflege der Wissenschaft sich entwickelt und ausgebildet hat, so ist es die Natur der Sache, in dem von Beseler[57]) entwickelten Sinne, an welche wir uns zu halten haben. Mit anderen Worten, wir müssen und dürfen das Wesen des Instituts nur so auffassen, wie es wirklich in Uebung ist, hinsichtlich der einzelnen Rechtsfragen und Folgerungen aber sind wir zur freien Beherrschung des so gegebenen Rechtsstoffes, zur vollen Anwendung der juristischen Consequenz berechtigt.

Für das preußische Recht ist es ebenfalls unbedenklich, daß die §§. 399 flg. Th. I. Tit. 14 und §§. 264 flg. Tit. 16 des Allg. L. R., welche die römische Expromission und Delegation wiedergeben sollen, nicht hierher gezogen werden dürfen, was auch in dem Anm. 55 angeführten Erkenntnisse des Obertribunals anerkannt worden. Da das preußische Recht sonstige Entscheidungsnormen, mit Ausnahme einer später zu berührenden speziellen Verordnung, nicht darbietet, so haben gemeine und preußische Praxis im Wesentlichen aus derselben Quelle zu schöpfen.

Noch einige Worte über die diese Materie betreffenden Entscheidungen der Gerichtshöfe, welche uns aufbewahrt worden. Daß dieselben, vorsichtig benutzt, beim Mangel jedes geschriebenen Rechts von ganz besonderer Bedeutung sind, leuchtet ein. Indeß ist zu beachten, daß sie durchgängig nur in Ansehung des Resultats, nicht aber in Betreff der Gründe, zu brauchen sind. Denn indem unter Verkennung des wahren Wesens der Sache bald dieser bald jener unpassende Schul-

---

57) System des gem. deutschen Privatrechts, Bd. 1. S. 112. —

begriff, den man sich aus den Lehrbüchern des römischen Rechts hervorsuchte, zu Grunde gelegt wurde, mußten die Urtelsverfasser, die unbewußt unter dem Einflusse der deutschen Auffassung standen und die Entscheidung nach ihrem natürlichen Rechtsgefühl trafen, das römische Recht beugen und fälschen, eine Erscheinung, die freilich um so kräftiger dafür Zeugniß ablegt, daß das Institut der Uebernahme aus dem Kern des deutschen Lebens herausgewachsen ist und daß seine triebkräftigen Wurzeln zu tief liegen für das juristische Vorurtheil. —

Was die Stelle des Systems betrifft, welche der Uebernahme der Schulden angewiesen werden muß, so leuchtet ein, daß es dieselbe Stelle ist, welche der Cession der Forderungen zukommt. Diese ist nun aber freilich noch keineswegs ermittelt. Thibaut handelt die Cession unter den Verträgen, als Unterart des Mandats ab, ganz consequent im Sinne des römischen Rechts. Neuerdings findet sie meist im allgemeinen Theile des Obligationenrechts eine Zufluchtsstätte. Die richtige Stelle kann auch nicht aufgefunden werden, wenn man sich nicht entschließt, Forderungen und Schulden, insofern sie als Gegenstände des Verkehrs in Betracht kommen, ein eigenes Gebiet, welches zum Sachenrecht und zum Obligationenrecht als dritte selbständige Gruppe hinzutritt, worauf am Schlusse der Einleitung hingedeutet worden, zu überweisen. Denn grade bei der Cession und bei der Uebernahme kommen Forderungen und Schulden als Sachen und nur als Sachen in Betracht. Um innerhalb dieses Gebietes die richtige Stelle aufzufinden, muß man festhalten, daß Cession und Uebernahme Acte sind, welche Forderungen oder Schulden aus einem Vermögen in das andere übertragen. Hier ist es, wo die Aehnlichkeit mit der Tradition, welche das Eigenthum einer körperlichen Sache aus einer Hand in die andere bringt, zum Vorschein kommt. Man muß sich jedoch durch diese Analogie nicht verführen lassen, die von der Tradition geltenden Regeln ohne Weiteres auf Cession oder Uebernahme anzuwenden, es dient dieselbe vielmehr nur zur Erläuterung des Systems, indem Cession und Uebernahme in der „Lehre von Forderungen und Schulden" dasselbe sind, was die Tradition in der Lehre vom Eigenthum ist. —

Es sind in diesem Abschnitt noch folgende Punkte einer speziellen Erörterung zu unterwerfen.

a. Stillschweigende Uebernahme.

Es ist oben bei der Definition gesagt worden, daß das Geschäft eine Erklärung Seitens des Uebernehmers und die Annahme derselben

Seitens des Schuldners erfordere. Diese beiderseitigen Willenserklärungen können wie jede Willenserklärung auch stillschweigend abgegeben werden. Von Geschäften dieser Art, welche ganz den allgemeinen Grundsätzen folgen, ist hier nicht die Rede. Dagegen giebt es Rechtsgeschäfte, welche die Uebernahme gewisser Schulden von selbst mit sich bringen und bei denen daher der Wille der Contrahenten, wenn nicht ein anderes ausdrücklich verabredet worden, stets in diesem Sinne ausgelegt wird. Es sind dies diejenigen Geschäfte, welche auf Uebertragung eines ganzen Vermögens oder einer Erbschaft unter Lebenden gerichtet sind, denn alle Universalsuccessionen, bei denen der Uebergang der Schulden auf ganz anderen Grundlagen beruhet, bleiben hier ausgeschlossen. Daß nun die Schulden auf den Uebernehmer mit übergehen, ist die einfache Folge davon, daß sie Bestandtheile des Vermögenscomplexes sind, der übertragen ist, es bedarf daher in Ansehung der Schulden gar keiner besonderen Willenserklärung, ebensowenig wie es in Ansehung einzelner zur Masse gehöriger Sachen einer besonderen Erklärung bedarf. Es kann aus diesem Grunde sogar die Bezeichnung: stillschweigende Uebernahme, ungenau genannt werden, indeß ist sie der Kürze halber gewählt worden. Die hierher gehörigen Rechtsgeschäfte sind folgende.

1) Erbschaftskauf; der Käufer übernimmt mit der Erbschaft auch die Schulden des Erblassers, ohne daß dies besonders gesagt zu werden braucht. L. 2. §. 9. D. de hered. vend. (18, 4) sicuti lucrum omne ad emtorem hereditatis respicit, ita damnum quoque debet ad eundem respicere. das. §. 20. — Allg. Pr. Landrecht, Th. I. Tit. 11. §. 454, 463. — Die Römer sagen nicht und können nicht sagen, der Erbschaftskäufer übernehme die Schulden, aber es wird auf einem Umwege dasselbe erreicht, daher der allgemeine Ausdruck: damnum respicit ad emtorem.

2) Verwendung eines ganzen Vermögens zu einer dos. L. 72. pr. D. de j. d. (23, 3). Mulier bona sua omnia in dotem dedit . . . non plus esse in promissione bonorum, quam quod superesset deducto aere alieno[58]). Der Ehemann, indem er das ganze zur dos verwendete Vermögen der Frau vermöge des dominium dotis erwirbt, übernimmt eben dadurch alle darauf ruhenden Schulden. Genau genommen

58) Von der Stellung des Gläubigers ist hier noch nicht die Rede; darüber vergl. Abschn. V. Nr. 2.

steht das nicht in der Stelle, allein sie muß für das heutige Recht in diesem Sinne verstanden werden und wird auch, selbst von Savigny[59]) so verstanden. An Stelle der bloßen Abrechnung der Schuld tritt jetzt, wie im Eingange dieses Abschnittes angedeutet worden, der Uebergang der Schulden.

3) Schenkung des ganzen Vermögens. Dieser Fall ist nach Analogie des vorigen zu beurtheilen[60]).

4) Schenkung einer Erbschaft. L. 28. D. de donat. (39, 5). Hereditatem pater sibi relictam filiae sui juris effectae donavit. Creditoribus hereditariis filia satisfacere debet. Auch hier liegt im Sinne des heutigen Rechts eine stillschweigende Uebernahme der Schulden vor[61]).

5) Verwendung einer Erbschaft zu einer dos. Dieser Fall ist nach Analogie der Nr. 2 u. 4 zu behandeln.

6) Vitalitiencontract, d. h. ein Vertrag, durch welchen jemand sein ganzes Vermögen hingiebt gegen die Verpflichtung des Empfängers, ihn bis an das Lebensende in allen Lebensbedürfnissen zu versorgen. Auch hier gehen die vorhandenen Schulden von selbst mit über[62]).

7) Societas omnium bonorum. Die bloße Abrechnung der Schulden im Sinne des römischen Rechts[63]) ist jetzt als Uebernahme der Schulden aufzufassen, so daß der eine Gesellschafter die Schulden des andern zu seinem Antheile mit überkömmt[64]). Hierher gehört auch die eheliche Gütergemeinschaft in Ansehung der vorehelichen Schulden[65]). Denn wie man auch das Rechtsverhältniß auffassen mag, immer tritt ganz oder zur Hälfte ein anderer Schuldner ein, entweder nämlich der andere Ehegatte zur Hälfte oder die Gesammtmasse als Person gedacht oder endlich das Ehepaar als solches und zwar in den beiden letzteren Fällen auf das Ganze. Indessen gilt bei der ehelichen Gütergemein-

---

59) System, Bd. 4. S. 137. Vgl. Hasse, Güterrecht der Ehegatten §. 109.

60) Savigny a. a. O.

61) Savigny a. a. O. S. 141.

62) Mittermayer, Privatrecht, 6. Ausg. §. 301. Nr. 5. — Stengel, Beiträge, Bd. II. S. 280. — Allg. Pr. L. R. Anh. §. 19. — Koch, Recht der Forderungen, Bd. III. S. 706.

63) L. 3. pr. D. pro soc. (17, 2). — Hasse im Archiv f. civ. Praxis, Bd. II. S. 31.

64) Holzschuher, Theorie u. Casuistik des gem. Civ.-R. Bd. III. S. 806.

65) Mittermaier a. a. O. Bd. II. §. 402. — A. Pr. L. R. II. 1. §. 391.

schaft die Besonderheit, daß die Schulden vermöge des Gesetzes übergehen und die Verabredung des Gegentheils unzulässig ist.

Man hat die Zahl dieser Fälle noch vermehren wollen, jedoch mit Unrecht. So soll jemand, der ein kaufmännisches Geschäft im Ganzen erwirbt, stillschweigend die Schulden des Geschäfts mit übernommen haben. Allein zwischen einem Vermögen, sei es das eines Verstorbenen oder das eines noch Lebenden, und einer Handlung besteht der wichtige Unterschied, daß der Inbegriff eines Vermögens durch die bestimmte Beziehung auf eine Person, als Träger desselben, unzweifelhaft gegeben ist, während der Umfang der zu einer Handlung gehörigen Vermögensstücke im Gegensatz zum Privatvermögen des Inhabers von der Willkühr des letzteren abhängig ist. Es steht demselben unbedingt frei, gewisse Capitalien oder Schulden ganz aus dem Geschäft herauszuziehen, ohne daß sie deshalb aufhören, Theile seines Vermögens zu sein, namentlich kann er dies auch im Augenblick des Verkaufs thun. Es muß also in jedem einzelnen Falle untersucht werden, ob die Schulden nach dem Willen der Contrahenten in das Geschäft haben eingeschlossen werden sollen, wobei denn freilich im Mangel ausdrücklicher Verabredung Schlußfolgerungen und Vermuthungen eine große Rolle spielen werden. Von körperlichen Sachen gilt im Grunde dasselbe, indeß entscheidet hier schon die äußerliche Existenz derselben im Waarenlager u. s. f. Uebrigens lehrt auch die Erfahrung, daß die Liquidation der vorhandenen Activa und Passiva ebensooft von dem Verkäufer als von dem Käufer vertragsmäßig übernommen wird. In der Themis von Elvers, Bd. 1. S. 517, wird mitgetheilt, daß in einem der größten Handelsplätze Deutschlands beim Jahreswechsel von 1827 auf 1828 eilf Bekanntmachungen dieser Art erschienen seien, deren sechs dem Verkäufer und nur fünf dem Käufer diese Liquidation überwiesen hätten. Der Käufer einer Handlung haftet also nur dann für die Schulden, wenn er sie mit übernommen hat. Auch bei dem Vermächtniß einer Kaufmannshandlung nimmt man an, daß Forderungen und Schulden keineswegs ohne Weiteres auf den Legatar übergehen[66]. — Nicht anders liegt die Sache bei dem Eintritt eines neuen Gesellschafters in ein unter einer Firma bereits bestehendes Handlungsgeschäft. Die Frage, ob er für die älteren Schulden der Firma hafte, ist bestritten.

---

66) Themis a. a. O. S. 532. — Mühlenbruch, Pand. III. §. 745, Note 8.

Einige bejahen sie unbedingt[67]), andere verneinen sie ebenso unbedingt[68]), nach einer Mittelmeinung haftet der neue Gesellschafter nur dann, wenn er es unterlassen hat, die eingetretene Veränderung bekannt zu machen[69]). Die Verfechter der ersten Meinung haben die Behauptung aufgestellt, die unter einer Firma betriebene Handlung sei als eine juristische Person anzusehen. Die Unhaltbarkeit derselben ist jedoch von dem augenscheinlich sehr sachkundigen Verfasser des in der Anm. 68 erwähnten Aufsatzes der Themis treffend dargelegt. Es ist insbesondere hervorgehoben, daß, die Richtigkeit dieses Prinzips vorausgesetzt, das Privatvermögen der Zeichner der Firma nicht haften dürfe, daß beim Wechsel der Inhaber die sofortige Befreiung des ursprünglichen Schuldners eintreten müsse und daß die größten Verwicklungen für den Fall, wenn jemand mehrere Geschäfte unter verschiedenen Firmen habe, eintreten würden. (S. 511, 512, 521, 524.) Diese Lehre hat denn auch keinen Anklang gefunden[70]). Die letzte jener drei Ansichten, welche die Sache von der erfolgenden Bekanntmachung abhängig machen will, kann sich offenbar nur auf die Stellung des Gläubigers, welche erst später[71]) besprochen werden wird, beziehen, da die Rechtsverhältnisse der Contrahenten unter einander nichts mit der etwaigen Bekanntmachung zu thun haben. Richtig ist also nur die zweite Meinung, nach welcher der Eintritt eines neuen Gesellschafters in eine Firma die Uebernahme der älteren Schulden der Firma nicht von selbst mit sich bringt. — Noch weniger ist stillschweigende Uebernahme vorhanden, wenn nicht ein Inbegriff von Sachen, sondern eine einzelne verpfändete Sache Gegenstand des Rechtsgeschäfts ist, so z. E. bei der Leibzucht, sei es auch, daß das überlassene Grundstück den ganzen Vermögensbestand

---

67) Hassenpflug in der Themis a. a. O. Nr. III. S. 59 flg. — Tabor, Beitrag zur Erörterung der Verbindlichkeiten, welche aus dem Eintritt in eine Handlungsfirma entspringen. Frankfurt 1826.

68) Themis a. a. O. S. 498. Abhandl. Nr. XVIII: Einige Bemerkungen über den Aufsatz Nr. III. (Frey.) — Thoel, Handelsrecht, Bd. 1. S. 129. — Mittermaier, Pr. R., Ausg. 6. §. 555. Nr. 20. — Treitschke, Erwerbsgesellschaft, 2. Aufl. §. 62.

69) Mittermayer, Ausg. 3, §. 501. Note 7.

70) In der Theorie wenigstens, in der Praxis hat sie aus einem später zu erörternden Grunde viel Verbreitung gefunden. Holzschuher, Theorie u. Cas. Bd. III. S. 829. —

71) Abschn. V. Nr. 8. —

des Auszüglers darstelle[72]), oder im Fall der Schenkung einer einzelnen Sache[73]). Eigenthümlich steht es freilich mit der Schenkung, denn wenn der Gläubiger vermöge des Pfandrechts den Beschenkten in Anspruch nimmt, und dieser die Sache herausgeben oder zahlen muß, so hat er, da der Geschenkgeber zur Evictionsleistung nicht verbunden ist, keine Regreßklage. Die Sache liegt also thatsächlich fast ebenso, als wenn er übernommen hätte. Dies ist denn auch wohl der Grund, weshalb das preuß. Landrecht Th. I. Tit. 11. §. 1082 gesagt hat, der Empfänger des Geschenks müsse die Sache mit den darauf haftenden Lasten übernehmen[74]). Es kann indeß Fälle geben, in welchen es dennoch einen großen Unterschied macht, ob man den Beschenkten als Uebernehmer behandelt oder ob man nur den Geschenkgeber von der Evictionsleistung befreit. So wenn der Beschenkte von der exceptio excussionis mit Erfolg Gebrauch macht, oder wenn der Gläubiger überhaupt nur den Geschenkgeber in Anspruch nimmt, oder wenn der Betrag der Schuld den Werth der Sache übersteigt. Für das gemeine Recht ist also der Grundsatz festzuhalten, daß der Beschenkte als Uebernehmer nicht anzusehen. — Was das Legat einer verpfändeten Sache betrifft, so gehört der Fall nicht hierher, denn es handelt sich dabei nur um den vermuthlichen Willen des Erblassers[75]).

b. Welche Schulden können übernommen werden?

Diese Frage ist im Wesentlichen identisch mit der soviel erörterten, freilich noch nicht völlig zum Abschlusse gebrachten Frage, welche Forderungen cedirt werden können. Es genügt schon die Hinweisung auf jene so reichhaltige Literatur[76]), jedoch mögen hier einige Bemerkungen folgen, theils um hinsichtlich der Kontroversen, soweit sie hier interessiren, die für richtig erkannte Ansicht hervorzuheben, theils um die Modifikationen anzugeben, denen die in der Lehre von der Cession

72) Pfeiffer, practische Ausführungen, Bd. 4. S. 153, 201, 251. —

73) Savigny, System, Bd. 4. S. 138. —

74) Dasselbe gilt im östr. Recht. Oestr. Ges.-Buch §. 443. Schuster, Zwei Abhandlungen. Wien 1830. S. 138. —

75) Vergl. Holzschuher Bd. II. S. 822. — Allg. preuß. L. R. §. 325. Tit. 12. Th. I. — Oesterr. Ges. B. §§. 662, 686. Schuster S. 140. Beide Gesetzbücher belasten den Legatar.

76) S. bes. Vangerow, Leitfaden, neueste Aufl. Bd. 3. S. 107 flg. — Holzschuher, Theorie und Casuistik, Bd. III. S. 114 seq. — Puchta, „Cession", in Weiske's Rechtslexicon. —

geltenden Grundsätze bei Anwendung auf die Uebernahme unterliegen. 1) Jede wahre Schuld kann übernommen werden, die durch positive Vorschrift eingeführten Beschränkungen der Cession der Forderungen gelten hier nicht. 2) Das obligatorische Verhältniß, als solches, kann nicht übertragen werden, es können daher nur einzelne selbständig gewordene Erzeugnisse dieses Verhältnisses Gegenstand der Uebernahme sein. Wenn daher z. E. der Verpächter das verpachtete Grundstück verkauft und der Käufer sich verpflichtet zur Fortsetzung des Pachtverhältnisses mit dem Pächter, so finden, obwohl die Praxis zuweilen eine derartige Neigung gezeigt hat[77]), die Grundsätze von der Uebernahme keine Anwendung auf diese Abrede. 3) Wahre Schulden sind nur diejenigen Verpflichtungen, welche Gegenstand des Verkehrs sein können, mithin nur diejenigen, welche fähig sind, Bestandtheil eines Passivvermögens und zwar eines jeden Passivvermögens zu sein. Ausgeschlossen bleiben demnach nicht nur alle Verpflichtungen, welche nicht vermögensrechtlicher Natur sind, sondern auch diejenigen, welche auf Herausgabe einer individuell bestimmten Sache gerichtet sind. Denn nur der kann eine bestimmte Sache tradiren, der sich im Besitze derselben befindet, überliefert nun der zur Tradition Verpflichtete die Sache einem Dritten, und übernimmt dieser die Verpflichtung zu tradiren, so liegt nur ein einfaches Mandat vor. 4) Accessorische Verpflichtungen können nicht übernommen werden, da sie nicht selbständig Gegenstand des Verkehrs sein können. 5) Dagegen können auch ungewisse und bedingte Schulden übernommen werden, insoweit es möglich ist, sie als Gegenstände des Verkehrs zu betrachten. —

c. Behandlung verzinslicher Schulden.

In Ansehung der Zinsen drängt sich ein doppelter Gesichtspunkt auf. Einmal kann man sagen, die Zinsverbindlichkeit beruhet auf einem besonderen Grunde, und dieser bringt eine besondere Klage hervor[78]), sodann kann man aber auch sagen, Zinsen sind Früchte des Kapitals und theilen alle Schicksale desselben. Beide Auffassungen widersprechen sich, denn eine Frucht hat ihren Grund in dem erzeugenden Element,

---

77) Götz, Entscheidungen der jurid. Facultät zu Altdorf. Nürnberg 1808. S. 145 flg., bes. 163. — Strippelmann, Entscheid. d. O.-A.-G. zu Cassel, Bd. 5. S. 13.

78) Göschen, Vorlesungen, §. 403. Bd. 3. S. 106.

wogegen das, was den Ursprung in sich selbst hat, nicht im Verhältnisse der Frucht steht. Im römischen Recht finden sich beide Anschauungen nebeneinander:

L. 34. D. de us. (22, 1). Usurae vicem fructuum obtinent: et merito non debent a fructibus separari. Vergl. L. 36 eod.

Dagegen:

L. 121. D. de V. S. (50, 16). Usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est, nova obligatione. Vergl. L. 75. §. 9. D. de V. O. (45, 1). —

Man hat den Widerspruch damit beseitigen zu können geglaubt, daß man sagt, fructus werde einmal im natürlichen Sinne der organischen Erzeugung der Natur und das andere Mal in der übertragenen Bedeutung gebraucht[79]). Allein die Sache liegt doch tiefer. Beide Auffassungen sind in der That berechtigt. Insofern man nämlich auf dem Gebiete des reinen Obligationenrechts stehend die Entstehung der Zinsverbindlichkeit betrachtet, unterliegt es keinem Zweifel, daß sie nicht vermöge eines Naturgesetzes von selbst aus dem Kapital wie eine Pflanze aus der Erde hervorwächst, sondern einem besonderen Vertrage, der von der Hauptobligation ganz und gar unabhängig ist, ihr Dasein verdankt. Insofern man aber die als verzinslich bestehende Schuld ins Auge faßt, erscheinen die Zinshebungen allerdings als wahre Früchte des Kapitals. Diese letztere Betrachtungsweise ist nun namentlich alsdann die ausschließlich berechtigte, wenn die Forderung als Gegenstand des Verkehrs, als Sache in Betracht kommt, wie andererseits ihr Auftreten im römischen Recht wieder ein Beweis dafür ist, daß Keime der deutschen Auffassung auch schon dort vorhanden sind. Denn von Früchten eines Kapitals kann nur dann die Rede sein, wenn das Kapital als Sache angeschaut wird. In der Lehre von der Uebernahme fremder Schulden erscheinen nun die Zinsen als Früchte im passiven Sinne, als passive Werthe, die vermöge der Eigenschaft der Schuld als einer verzinslichen von selbst aus ihr hervorgehen und sich periodisch absondern. Hieraus folgt, daß alles, was vom Kapital gilt, auch von den Zinsen gelten muß[80]), so daß dem Uebernehmer einer verzinslichen Schuld mit dem Tage der Uebernahme

---

79) Savigny, System, Bd. 6. S. 102. Anm. a. u. b. S. 124.

80) Vergl. Ergänzungen zum A. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 53, 54. Ausg. 3. S. 462 flg. — Löwenberg, Motive, Bd. 1. S. 324. —

von selbst die Verpflichtung zur ferneren Zinszahlung zufällt, auch wenn hierüber keine besondere Abrede getroffen ist[81]), ebenso wie mit der Cession von selbst das Recht auf die Zinsen dem Cessionar erworben ist. Hieraus folgt aber auch, daß, wenn der Uebernehmer neben dem Kapital und den laufenden Zinsen noch rückständige Zinsen übernimmt, letztere die Natur der Zinsen beibehalten. Demungeachtet wird es nicht als Wucher gelten können, wenn der Uebernehmer auch die Zinsrückstände zu verzinsen verspricht, denn wenngleich die Forderung ihrem Grunde nach immer eine Zinsforderung bleibt, so ist doch der Uebernehmer die Zinsen nicht als solche schuldig, vielmehr nimmt die Zinsschuld, insofern sie als Zahlungsmittel dient, die Natur der Sache an, sie ist Schuld überhaupt und kann ihrerseits wieder Früchte tragen[82]).

81) Simon u. Strampff, Rechtssprüche, Bd. 1. S. 19. —

82) Vergl. Koch, Uebergang der Forderungsrechte, S. 348. Anm. 11., desgl. Koch, Recht der Forderungen, Bd. 1. S. 168. Not. 5.

Dritter Abschnitt.

Verhältniss zwischen Schuldner und Uebernehmer.

Bei dem Verhältniß zwischen Schuldner und Uebernehmer sind zwei Seiten der Sache zu berücksichtigen: erstens der Einfluß des Acts der Uebernahme auf den Grund derselben, sowie umgekehrt und sodann die Folgen der Uebernahme als solcher.

Was den ersten Punkt betrifft, so erscheint die Uebernahme regelmäßig als Erfüllung eines Kontracts. Der Act der Uebernahme wirkt daher auf den Grund derselben ein, wie Erfüllung des Kontracts überhaupt, d. h. beide Theile stehen nach vollzogener Uebernahme zu einander in dem Verhältnisse der Kontrahenten nach der Erfüllung, in dem Verhältnisse des aufgehobenen Verhältnisses, in gar keinem Verhältnisse. War also der Grund eine Schenkung, so ist mit der Uebernahme die Schenkung vollzogen; war das Geschäft ein auf Gegenseitigkeit beruhendes, so liegt in dem Act der Uebernahme die Vollziehung der Leistung beziehungsweise Gegenleistung; sollte insbesondere durch Uebernahme eine Schuld des Uebernehmers gegen den Schuldner getilgt werden, so liegt in dem Act der Uebernahme der modus solvendi. Es ergiebt sich also für diesen letzteren am häufigsten vorkommenden Fall der wichtige Rechtssatz: Uebernahme ist Zahlung. Wenn somit in unseren Lehrbüchern in dem Abschnitte von Aufhebung der Obligationen nur: Zahlung, Angabe an Zahlungsstatt, Compensation, liberatorische Verträge u. s. f. erwähnt werden, so wird ein wichtiges im Geschäftsverkehr ungemein häufig vorkommendes Zahlungsmittel ganz übersehen. Aus jenem Satze ergeben sich wichtige Folgerungen, so z. B. daß die Forderung des Verkäufers auf Zahlung des Kaufgeldes

untergeht, sobald und insoweit der Käufer Schulden des Verkäufers in Abrechnung auf das Kaufgeld übernommen hat. Geschäftsleute hegen hierüber auch nicht den mindesten Zweifel, da wir ja täglich wahrnehmen können, daß der Verkäufer dem Käufer unbedenklich Quittung über den Empfang des Kaufpreises auf Höhe der übernommenen Schulden und zwar gleich im Kaufkontract selbst zu ertheilen pflegt [1]). So heißt es auch in der preußischen Verordnung vom 4. März 1834 über den Subhastations- und Kaufgelderliquidationsprozeß §. 19 (Gesetz-Sammlung S. 39): der Kaufpreis könne „durch Uebernahme von Hypothekenschulden oder durch Zahlung berichtigt" werden. Dieser Satz ist denn auch bereits mehrfach anerkannt, so von Koch [2]), welcher sagt: die Uebernahme „enthalte einen modus solvendi", ferner vom Ober-Tribunal zu Berlin in dem Erkenntniß vom 18. März 1836 [3]), wo es heißt: auf Zahlung des Kaufgeldes habe Verkäufer, soweit das Grundstück mit (übernommenen) Schulden belastet sei, kontractmäßig kein Recht, desgl. im Erkenntniß vom 26. November 1850 [4]), in dessen Gründen es heißt (S. 177): „der Schuldner der Kaufgelder habe diese kontractlich durch eine Baarzahlung und durch Uebernahme von Schulden an die benannten Gläubiger des Verkäufers völlig berichtigt" und (S. 180): „ein Kaufgelderrückstand als solcher existire bei der erfolgten Quittirung über die Kaufgelder nicht mehr". Derselbe Gerichtshof hat in einem früheren Erkenntniß vom 9. März 1844 [5]) ebenfalls den Grundsatz anerkannt, daß „der Vorgang einer Zahlung gleiche", von demselben jedoch freilich eine falsche Anwendung gemacht [6]). Auch Oswald ist der Ansicht, daß der Verkäufer auf die einmal abgerechneten Kaufgelder keinen Anspruch an den Käufer habe [7]). Dieser Satz wird indessen häufig so verstanden, daß die Uebernahme erst dann die volle Wirkung einer Bezahlung habe, wenn demnächst die Befreiung des Schuldners

---

1) Trütschler, Anweisung zur Abfassung rechtlicher Aufsätze, 4. Ausg. Leipzig 1801. Bd. 2. §. 50. S. 199. —

2) Uebergang der Forderungsrechte S. 361, vergl. jedoch Abschn. II. Anm. 14.

3) Entscheidungen, Bd. 1. S. 97.

4) Entscheidungen, neue Folge, Bd. 10. S. 173.

5) Entscheidungen, Bd. 10. S. 152.

6) Vergl. den folg. Abschnitt a. E.

7) Simon u. v. Strampff, Zeitschrift, Bd. 2. S. 283; vergl. auch Ergänzungen zum A. L. R. Th. I. Tit. 20. §§. 53, 54. 3. Ausg. S. 456. (Schmidt und Bornemann.)

erfolgt sei. Geschieht letzteres nicht, so soll der Schuldner im Fall des Kaufs berechtigt sein, mit der Kaufklage Baarzahlung zu verlangen [8]). Diese Meinung ist eine Folge des schon im zweiten Abschnitte S. 19 widerlegten Satzes, daß die Befreiung des Schuldners eine nothwendiger Bestandtheil des Geschäfts sei und läßt sich so wenig halten als jener. Wenn man nicht in Abrede stellen kann, daß die Uebernahme ihren Grund in einer Vereinbarung über die Art der Kaufgelderzahlung hat, so muß eingeräumt werden, daß der Verkäufer nicht berechtigt ist, eine andere Art der Befriedigung zu verlangen. Anderenfalls müßte man sich zu dem Grundsatz bekennen, daß jeder Gläubiger, wenn eine bestimmte Erfüllungsart verabredet worden, und diese nicht erfolgt, befugt sei, eine andere Erfüllungsart nach seinem Belieben zu wählen, während er doch nur auf Erfüllung in der bedungenen Art oder auf Entschädigung klagen kann. Uebrigens ist der Schuldner nach der hier verfochtenen Meinung nicht schlechter daran, denn wenn das Recht des Verkäufers auf Baarzahlung, wie es scheint, nur dann und insoweit behauptet wird, als er Beschaffung der Liberation vom Käufer verlangen kann, so leuchtet ein, daß er mit der Klage auf Befreiung in indirecter Weise ebenfalls zu seinem Gelde gelangt. Dagegen treten mancherlei Inconvenienzen ein, wenn die Klage auf Zahlung des Kaufgeldes zugelassen wird, namentlich in Ansehung der Fälligkeit und des Zinsenpunktes, sowie im Fall mehrerer auf einander folgender Uebernahmen. Es läßt sich denken, daß die vertragenden Theile ausdrücklich verabreden, daß der Erfolg der Uebernahme erst mit der Befreiung des Schuldners eintrete, und im Falle der Nichtbefreiung das Recht auf Baarzahlung vorbehalten bleibe [9]). Alsdann steht die Sache freilich anders, indem die Uebernahme als bedingte anzusehen ist.

Aus dem Satze, daß Uebernahme Zahlung ist, folgt von selbst, daß der Verkäufer rücksichtlich der übernommenen, auf der verkauften Sache haftenden Schulden keine Vertretungsverbindlichkeit hat [10]). Hier zeigt sich recht deutlich, daß die übernommene Schuld wirklich Schuld des Uebernehmers wird, und daß die Uebernahme Zahlung macht.

---

8) S. das Erkenntniß des App.-G. zu Greifswald im Anh. 2.

9) So wird der Fall bei Müller ad Leyser. tom. VI. S. 46—51 aufzufassen sein: „als assignire von diesen Kaufgeldern 338 Thlr. auf Obligation an G. zu bezahlen, und die ausgestellte Quittung mir statt baaren Geldes zuzurechnen.“

10) Allg. preuß. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 184. —

Denn wenn man die Sache so auffassen wollte, daß der Käufer nur versprochen habe, einen Theil der Kaufgelder zur Bezahlung der Schulden des Verkäufers zu verwenden, so würde man im Falle einer hypothekarischen Schuld aus dem Widerspruche nicht herauskommen, daß der Käufer, so lange fremde Schulden auf der erkauften Sache haften, einen entsprechenden Theil des Kaufgeldes zurückbehalten kann. Der Verkäufer müßte also erst die verkaufte Sache vom Pfandrecht befreien, ehe er Zahlung (an seinen Gläubiger) verlangen könnte.

Hatte der Uebernehmer eine Nichtschuld als Schuld, z. B. des Scheines halber, übernommen, so ist in Wahrheit keine Uebernahme, also auch keine Zahlung erfolgt. Dem Schuldner verbleibt die Forderung, welche der Uebernehmer z. E. als Käufer tilgen wollte, und zwar ohne Berücksichtigung der Abrede, daß durch Uebernahme einer Schuld gezahlt werden solle, denn diese durch die Existenz der Schuld bedingte Abrede ist durch das Ausfallen der Bedingung beseitigt.

Der Einfluß des Grundes der Uebernahme auf letztere zeigt sich in folgender Art. Gesetzt der Contract zwischen Schuldner und Uebernehmer ist von Hause aus ungültig, z. B. wegen Unfähigkeit des einen Contrahenten. Alsdann ist kein Rechtsgeschäft vollzogen, mithin auch keine Uebernahme vor sich gegangen. Ist aber das Geschäft an sich gültig und nur von Seiten des Uebernehmers anfechtbar, z. E. ein Kauf wegen Verletzung über die Hälfte, so wird der Uebernehmer unter anderen auch verlangen können, daß der Schuldner die Schuld wieder zurück übernehme. Ein Gleiches gilt, wenn der Uebernehmer, in der irrthümlichen Meinung, dem Schuldner zu einer Zahlung verbunden zu sein, eine Schuld übernimmt, um hierdurch Zahlung zu leisten, falls die Bedingungen der condictio indebiti vorliegen. — Hatte der Uebernehmer in Folge der Uebernahme sich dem Gläubiger gegenüber noch besonders verpflichtet, so kann er in vorstehenden Fällen vom Schuldner Befreiung verlangen oder, im Fall er bereits Zahlungen geleistet, Ersatz[11]).

Es könnte bei dieser Gelegenheit die Frage aufgeworfen werden, wie es zu halten, wenn derjenige, dem ein ganzes Vermögen oder eine Erbschaft unter Lebenden übertragen worden, demnächst die Entdeckung macht, daß der Activbestand durch den Betrag der zur Masse gehörigen,

---

11) L. 12, 13. D. de Nov. et Del. (46, 2). — L. 5. §. 5 u. L. 4. §. 20. D. de dol. mal. exc. (44, 4). — L. 2. C. de cond. ind. (4, 5). —

ausdrücklich oder stillschweigend [12]) mit übernommenen Schulden überstiegen werde. Indessen kann eine allgemeingültige Beantwortung dieser Frage, soweit das Verhältniß des Schuldners zum Uebernehmer in Betracht kommt, nicht gegeben werden, weshalb die Sache den speziellen Lehren von der Schenkung, dem Erbschaftsverkauf u. s. f. überwiesen werden muß. —

Die rechtlichen Folgen der Uebernahme als solcher, — der zweite Eingangs erwähnte Punkt — gehören dagegen in vollem Umfange hierher. Der Grundsatz, von welchem hierbei ausgegangen werden muß, lautet: der Uebernehmer hat dem Schuldner dafür zu haften, daß er nicht in Anspruch genommen werde.

Durch die Uebernahme scheidet die übernommene Schuld aus dem Passivvermögen des Schuldners aus und geht über in das des Uebernehmers; wenn gleichwohl der Schuldner dem Gläubiger verpflichtet bleibt [13]), so ist das Folge des zwischen beiden bestehenden obligatorischen Verhältnisses; es ist aber Sache des Uebernehmers, dafür zu sorgen und einzustehen, daß der Gläubiger keinen Gebrauch von seinem Rechte gegen den Schuldner mache, namentlich den Schuldner nicht auf Zahlung in Anspruch nehme. Geschieht dies dennoch, so ist der Uebernehmer dem Schuldner regreßpflichtig, eine Regreßpflicht, welche das gesammte Interesse des Schuldners umfaßt. Der Uebernehmer kann, um dies Ereigniß abzuwehren, verschiedene Wege einschlagen, entweder er bezahlt den Gläubiger, oder er bewegt ihn zu der Erklärung, daß er den Schuldner aus der Verbindlichkeit entlasse, oder endlich er thut weder das eine noch das andere, sondern wartet ab, ob der Gläubiger nicht von selbst die Uebernahme anerkennen und sich lediglich an ihn halten werde. Im letzteren Falle hat der Schuldner keineswegs das Recht, den Uebernehmer zu irgend einer positiven Thätigkeit in Bezug auf die noch bestehende Verbindlichkeit zu drängen; er kann weder Sicherheitsbestellung, noch Zahlung an den Gläubiger, noch Beschaffung der Liberation verlangen [14]). Denn bei der Uebernahme kommt

12) S. Abschn. II. lit. a. S. 36 flg.

13) S. den folg. Abschnitt.

14) L. 2. C. de hered. vend. (4, 39). Ratio juris postulat, ut creditoribus hereditariis te convenire volentibus tu respondeas et cum eo, cui hereditatem venumdedisti, tu experiaris suo ordine. Nam ut satis tibi detur, sero desideras, quoniam eo tempore, quo venum dabatur hereditas, hoc non est comprehensum. Quamvis enim ea lege emerit, ut creditoribus hereditariis satisfaciat cet. —

die Schuld nur in Betracht als Gegenstand des Verkehrs, so daß das Geschäft mit seinen Folgen nur den Wechsel des passiven Inhabers der Schuld umfaßt, ohne Rücksicht auf das persönliche Band zwischen Gläubiger und Schuldner. Uebernahme ist eben nichts als Uebernahme, der Schuldner kann nicht verlangen, daß der Uebernehmer noch mehr thun solle als übernehmen, ebensowenig als derjenige, dem eine Zahlung geleistet oder eine Sache tradirt worden, noch etwas darüber hinaus verlangen kann, so lange nicht der Fall der Eviction wirklich eingetreten ist. Das Verhältniß zwischen Schuldner und Uebernehmer entspricht dem Verhältniß zwischen Cedenten und Cessionar. Gleichwie nun der erstere nur für die Richtigkeit der Forderung haftet und aus dieser Verhaftung erst, wenn ein Schade entstanden ist, in Anspruch genommen werden kann, so erlangt auch der Schuldner erst alsdann ein Klagerecht gegen den Uebernehmer, wenn er zur Zahlung an den Gläubiger genöthigt worden. Freilich bleibt er nun fortwährend in der Erwartung eines möglichen Anspruches von Seiten des Gläubigers, allein diese vielleicht unbegründete Besorgniß eines zukünftigen Schadens dem Schuldner abzunehmen ist der Uebernehmer an sich nicht verpflichtet. Will ersterer allen Eventualitäten vorbeugen, so mag er sich bei Abschluß des Geschäfts Sicherheit bestellen oder versprechen lassen, daß binnen einer gewissen Frist Zahlung geleistet oder Liberation beschafft werde. Hat er dies versäumt, so mag er erwarten, ob der Gläubiger ihn in Anspruch nimmt und alsdann den Uebernehmer zur Vertretung im Prozesse auffordern, demnächst aber der Regreßklage sich bedienen. Sind aber solche Nebenversprechungen gemacht, so sind sie auch klagbar, da nicht nur Leistungen an Dritte gültig versprochen werden können, wenn sie Beziehung haben auf das eigene Interesse dessen, dem sie versprochen sind[15]), sondern auch Leistungen Dritter Gegenstand eines Vertrages insofern sein können, als die Absicht des Versprechenden dahin geht, den Dritten zur Leistung bewegen zu wollen[16]). Gegen dergleichen Ansprüche findet natürlich die Einrede der Compensation nicht statt[17]).

---

15) §. 20. J. de unit. stip. III. 19 (20). L. 38. §§. 20—23. D. de V. O. (45, 1). L. 3. C. de unit. stip. (8, 39). —

16) §. 3. J. l. c. L. 14. §. 2. D. de pec. const. (13, 5) L. 81 pr. L. 83 pr. D. de V. O. (45, 1). L. 19. D. rat. ven. hab. (46, 8). —

17) Mev. Decis. p. II. dec. 131. — Westphal, Rechtsgutachten, S. 30. Nr. 28. Bei letzterem findet sich die unrichtige Ansicht. —

Die Aussprüche der Theorie und Praxis, soweit über diesen Punkt bisher etwas veröffentlicht worden, sind in hohem Grade schwankend. Die richtige Ansicht findet sich, obwohl die gegebenen Gründe nicht die besten sind, in einem Erkenntniß vom Jahre 1702 bei Hert[18]). Der Schuldner hatte darauf angetragen, den Uebernehmer zu verurtheilen: den Gläubiger „entweder mit baarem Gelde oder sonsten gütlich zu vergnügen". Die Klage wurde jedoch für unstatthaft erklärt, so lange der Schuldner nicht wirklich an den Gläubiger gezahlt habe, weil eine Delegation vor sich gegangen, die alte Obligation mithin aufgehoben sei und nur die negotiorum gestorum actio übrig bleibe. Vorherrschend ist jedoch die unrichtige Ansicht, daß der Uebernehmer etwas thun müsse im Interesse des Schuldners; bei der Frage aber, was er thun müsse, gehen die Meinungen wieder sehr auseinander. Savigny setzt gelegentlich[19]) auseinander, daß der Beschenkte, der die auf der geschenkten Sache ruhenden Schulden übernommen habe, vom Schuldner und Geschenkgeber mittelst einer actio praescriptis verbis auf Erfüllung des Vertrages belangt werden könne und beruft sich auf L. 22. C. de donat. (8, 54):

Quum res filio tuo emancipato ea conditione, *ut creditoribus tuis solveret,* te donasse proponas, si stipulatione, vel in continenti habito pacto huic rei prospexisti, creditoribus quidem non contra eum ex placito vestro, sed adversus te competit actio. Eum autem, cui certa lege praedia donasti, incerta civili actione ad placitorum obsequia urgeri secundum legem donationis dictam convenit.

Die hervorgehobenen Worte dieser Stelle zeigen indeß, daß, wenn man auch den Vertrag, ut creditoribus solveret, als Uebernahmevertrag gelten lassen will, doch keineswegs eine reine Uebernahme, sondern eine Uebernahme in Verbindung mit dem Nebenversprechen der Zahlung vorliegt. Es handelt sich hier aber um die Folgen der bloßen Uebernahme, in Bezug auf welche jene Stelle, auch wenn man die Herbeiziehung des römischen Rechts zulassen will, nichts beweist. — Schuster[20]), welcher den Fall der Uebernahme in Abrechnung auf das Kaufgeld bespricht, ist ebenfalls der Meinung, daß der Käufer gegen den Verkäufer verpflichtet sei, die übernommenen Schulden „zu tilgen", indem er nur

---

18) Resp. Vol. II. dec. 610.

19) System, Bd. 4. S. 138.

20) Zwei Abhandlungen von Michael Schuster. Wien 1830. S. 117.

den „schuldig gebliebenen Kaufschilling einklage". Es wird hierbei übersehen, daß der Verkäufer durch den Act der Uebernahme bereits bezahlt ist, und daß eine durch Zahlung getilgte Forderung nicht noch einmal eingeklagt werden kann. Dem Käufer geschieht offenbar zu nahe, denn es muß ihm mindestens frei bleiben, die Liberation des Verkäufers auf andere Weise zu beschaffen. Gerechter ist daher die Meinung Pfeifers[21]), welcher den Schuldner für berechtigt hält, „Abtragung der Schulden oder Sicherheitsleistung zu verlangen", und noch mehr der Ausspruch des Oberappellationsgerichts zu Cassel vom 24. März 1832[22]), daß der Uebernehmer verpflichtet sei, den Schuldner von der Verbindlichkeit zu befreien, jedoch ohne Beschränkung in der Art diese Befreiung zu bewirken, insonderheit nicht unmittelbar durch Bezahlung der Schulden oder Cautionsleistung. Diese Verpflichtung zur Befreiung im Allgemeinen ist auch bei Mevius[23]) und zwar in der Art ausgesprochen, daß der Schuldner bis dahin ein Retentionsrecht ausüben könne. Am günstigsten ist dem Uebernehmer die Meinung, daß er nur Sicherheit zu bestellen brauche[24]).

Was das preußische Recht betrifft, so verordnet der §. 3 der Declaration vom 21. März 1835[25]) in Bezug auf Uebernahmen in Abrechnung auf das Kaufgeld:

> „Wenn jedoch der Erwerber nicht blos die Pfand- oder Hypothekenschulden übernimmt, sondern sich außerdem zu deren Tilgung persönlich verpflichtet, so ist der Veräußerer befugt, seinen Anspruch aus diesem Versprechen den Gläubigern abzutreten."

Es ist hierbei zunächst die klare und bestimmte Unterscheidung der bloßen Uebernahme von der Uebernahme in Verbindung mit dem Nebenversprechen der Zahlung bemerkenswerth. Sodann entsteht nun aber, da das Gesetz nur von dem letzteren Fall redet, die Frage, ob, falls ein solches Nebenversprechen nicht ertheilt worden, der Veräußerer einen gegenwärtigen Anspruch habe, den er den Gläubigern abtreten könnte, und welchen? Man möchte vermöge des argumentum e contrario geneigt sein, dem Veräußerer einen jeden derartigen Anspruch abzusprechen,

---

21) Practische Ausführungen, Bd. 4. S. 152.
22) Das. S. 201. Nr. 5.
23) Decis. p. I. dec. 32. —
24) Hertii Resp. Vol. I. R. 396 i. f.; s. jedoch L. 2. C. 4, 39. —
25) Gesetz-Sammlung, S 43. —

allein aus den mitgetheilten Motiven der Verordnung[26]) ergiebt sich, daß der Gesetzgeber nur deshalb über den fraglichen Fall geschwiegen hat, weil „die Kaufverträge über diesen Gegenstand so verschieden abgeschlossen zu werden pflegten, daß es manchmal äußerst zweifelhaft bleibe, was für Befugnisse der Verkäufer eigentlich cediren könne", und weil „man zuvörderst abwarten wolle, wie die Praxis dieserhalb bei den Gerichten sich bilden werde", mit anderen Worten, weil man über das Wesen des Rechtsinstituts der Schuldenübernahme nicht im Klaren war. Nach vielfachen Schwankungen der Praxis[27]) kam es endlich zu dem Plenarbeschluß des Obertribunals vom 14. Februar 1842[28]):

„Durch die bloße Uebernahme hypothekarischer Schulden auf Abrechnung des Kaufgeldes von Seiten des Käufers wird derselbe gegen den Verkäufer persönlich verpflichtet, Zahlung der übernommenen Post zu leisten oder die Befreiung des Verkäufers von seiner Verbindlichkeit gegen den Hypothekengläubiger zu bewirken."

Es steht sehr dahin, ob die preußischen Gerichte und insbesondere das Obertribunal sich zu dieser Ansicht bekannt hätten, wenn die erwähnte Declaration nicht erschienen wäre[29]). Nach dem Erlaß derselben aber war dieser oder ein ähnlicher Beschluß eine unvermeidliche Nothwendigkeit. Denn das Gesetz hatte, wie im fünften Abschnitt näher zu besprechen ist, im §. 1 die unmittelbare Klage des Gläubigers gegen den Uebernehmer für unzulässig erklärt und an die Hand gegeben, dem Gläubiger im Wege der Cession eine Klage zu verschaffen. Der §. 3 war für sich allein fast ganz ohne Nutzen, da der Fall der bloßen Uebernahme der gewöhnliche ist, und ein Zahlungsversprechen selten hinzugefügt wird, indem es in der Regel gar nicht die Absicht des Uebernehmers ist zu zahlen und am allerwenigsten die Schuld zu „tilgen". Die Praxis sah sich also, um dem Gläubiger eine Klage

---

26) Löwenberg, Bd. 1. S. 334. —

27) Ergänzungen zum A. L. R. Th. I. Tit. 20. §§. 53, 54. Ausg. 3. S. 455. A. a. b. —

28) Entscheidungen, Bd. 7. S. 298; vergl. Bd. 1. S. 90. —

29) Erkenntniß des Tribunals zu Königsberg, in den Entscheidungen des Ob. Trib., Bd. 7. S. 301. — Ergänzungen zum A. L. R., S. 455 u. 46 a. a. O. — Erkenntniß, mitgetheilt von Koch, Uebergang der Ford., S. 359. — Erk. des O. L. Ger. zu Breslau vom 24. Febr. 1849, in den Entscheidungen des Ob. Trib., Bd. 19, S. 204, 205, besonders bemerkenswerth, weil es nach dem obigen Plenarbeschluß erlassen worden. — Vergl. auch Rechtssprüche, Bd. 4. S. 336. —

im Fall der bloßen Uebernahme zu gewähren, genöthigt, irgend ein abtretbares Recht des Schuldners gegen den Uebernehmer festzustellen, was denn freilich eine schwere Aufgabe war.

Daß es unseren Juristen nicht hat gelingen wollen, eine leidliche Uebereinstimmung der Ansichten herbeizuführen, die Verwirrung vielmehr nicht gering erscheint, ist sehr erklärlich, wenn man bedenkt, daß das festzustellende und näher zu begrenzende Recht eben gar nicht existirt; jedenfalls hat die bekämpfte Ansicht in dem Beschlusse des Oberappellationsgerichts zu Cassel, daß der Uebernehmer verpflichtet sei, den Schuldner zu befreien, daß es ihm aber überlassen bleiben müsse, auf welche Art er die Befreiung bewirken wolle, den klarsten Ausdruck gewonnen. Denn wenn das Obertribunal zu Berlin den Uebernehmer verpflichtet zu zahlen oder zu befreien, so läßt sich leicht einsehen, daß Zahlung auch nur eine Art der Befreiung ist, und daß deshalb die Alternative entbehrt werden kann. —

Die Quelle der irrthümlichen Ansicht, daß der Uebernehmer den Schuldner befreien müsse, ist übrigens leicht zu entdecken. Bei der Delegation versteht es sich von selbst, daß die alte Obligation aufgehoben wird; es war also sehr natürlich, daß unsere Juristen, von dieser Vorstellung des römischen Rechts beherrscht, die Entlassung des Schuldners als eine nothwendige Folge des Geschäfts betrachteten und somit dem Uebernehmer eine Verpflichtung in diesem Sinne aufbürdeten[30]).

Die Pflicht zur Befreiung tritt, sofern sie an sich begründet und nicht etwa an eine Frist gebunden ist, sofort mit Abschluß des Geschäfts ein. Wenn das Obertribunal zu Berlin angenommen hat, daß es auf den Fälligkeitstermin der übernommenen Schuld ankomme[31]), so wird das Verhältniß der Uebernehmer zum Gläubiger mit dem Verhältniß zum Schuldner verwechselt. Die Entscheidung erklärt sich übrigens vom Standpunkte des Rechtsgefühls dadurch, daß in dem fraglichen Falle Befreiung nicht zugesichert war, und daß man sich nicht entschließen mochte, die vollen Consequenzen des obigen Plenarbeschlusses zu ziehen. —

Es haben sich in diesem Abschnitt also zwei wichtige Rechtssätze in Bezug auf das Verhältniß zwischen Schuldner und Uebernehmer ergeben:

---

30) Vergl. Abschn. II. S. 20 u. 22 flg. —

31) Entscheidungen, Bd. 19 (oder neue Folge, Bd. 9) S. 203. —

1) Uebernahme ist Zahlung, und
2) der Uebernehmer ist nicht verpflichtet, den Schuldner zu befreien.

Beide Sätze sind besonders geeignet, den wesentlichen Unterschied zwischen der Uebernahme und den oben S. 29—32 erwähnten Fällen zu zeigen. Ein Käufer, der nicht Schulden des Verkäufers in Abrechnung auf das Kaufgeld übernimmt, sondern nur verspricht, eine dem Kaufgelderrückstand gleichkommende Summe einem Dritten im Auftrage des Verkäufers zu zahlen, wird nicht schon durch dieses Versprechen, sondern erst durch wirkliche Zahlung an den Dritten von der Verpflichtung zur Zahlung der Kaufgelder befreit; er bleibt bis zum Augenblick der Zahlung Schuldner aus dem Kaufcontract[32]), während der Uebernehmer durch die Uebernahme den Verkäufer bezahlt und von nun an nicht mehr aus dem Kaufcontracte, sondern nur etwa aus der Uebernahme belangt werden kann. Ferner wird der Käufer, der eine solche Anweisung bekommen und angenommen, dadurch zu einer positiven Thätigkeit, nämlich zur Zahlung an den Dritten verpflichtet und kann dazu vom Verkäufer gezwungen werden, während der Uebernehmer nur regreßpflichtig ist, wenn der Verkäufer vom Gläubiger angegriffen wird. Selbst diejenigen, welche den Uebernehmer für verbunden halten, den Schuldner zu befreien, müssen diesen Unterschied anerkennen, denn der Angewiesene muß zahlen, der Uebernehmer aber muß befreien, sei es durch Zahlung oder auf andere Art. Uebrigens ist es sehr wohl möglich, daß wenn im Vertrage auch nur von Anweisungen die Rede ist, dennoch von den Interessenten eine wirkliche Uebernahme gemeint und nur ein unpassender Ausdruck gewählt ist. Alsdann treten freilich die Folgen der Uebernahme in Verbindung mit dem auf Zahlung gerichteten Nebenversprechen ein. —

32) L. 21. de Nov. (46, 2). Si debitorem meum jussero tibi solvere, non statim tu etiam stipulando id novare possis, quamvis debitor *solvendo* tibi liberetur. — L. 49. L. 64. D. de solut. (46, 3). — L. 180. de reg. jur. —

Vierter Abschnitt.

Verhältniss zwischen Gläubiger und Schuldner.

Das Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner wird durch die Uebernahme an sich gar nicht berührt. Allerdings scheidet das Passivum aus dem Vermögen des Schuldners aus, aber dieser Uebergang betrifft nur die Schuld, insofern sie als Sache gedacht wird, nicht aber die Obligation, insofern sie ein persönliches Verhältniß und als solches einer Uebertragung nicht fähig ist[1]). Dem Gläubiger stehen also nach erfolgter Uebernahme zwei zur Zahlung verpflichtete Personen gegenüber, er kann sich nach freier Wahl an die eine oder an die andere halten[2]). Indeß ist zu bemerken, daß, da in der Regel der Uebernehmer es ist, an den sich der Gläubiger hält, die Verbindlichkeit des Schuldners thatsächlich eine subsidiäre Natur annimmt.

Das Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner unterliegt hier nur insofern einer Besprechung, als die Uebernahme eigenthümlich auf den Untergang der Obligation zwischen beiden einwirkt. Im Allgemeinen stehen nämlich obligatio und actio (Forderung) in so inniger

---

1) L. 25. C. de pact. (2, 3). Debitorum pactionibus creditorum petitio nec tolli nec mutari potest. — L. 3. pr. D. de transact. (2, 15). — Mev. Dec. p. I. dec. 32. Not. 3: etsi etiam receperit agnatus solutionem debiti, tamen si non consensit creditor, non liberatur haeres. — p. VII. dec. 47. — Hertii Resp. Vol. I. R. 396. — Consil. Tubingens. Vol. V. cons. XII. No. 82. — Albrecht, Entscheidungen, Hannover 1799, Bd. 2. S. 237. — Chr. G. Biener, opusc. acad. Vol. II. p. 215. — Themis von Elvers, (1828) Bd. 1. S. 521. Anm. 27.

2) Ob ein Correalverhältniß anzunehmen, darüber s. Abschn. VI. Nr. VII.

Verbindung, daß sie sich gegenseitig in ihrer Existenz bedingen, gleichwohl hört das persönliche Verhältniß zwischen Cedenten und Schuldner nach erfolgter Cession und Benachrichtigung auf, während die Forderung fortbesteht. Ebenso kann auch das obligatorische Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner nach erfolgter Uebernahme gelöst werden, obwohl die Schuld fortbesteht. Daß dies geschehe, liegt sogar häufig in der Absicht der Personen, welche die Uebernahme vollziehen und bildet alsdann den Gegenstand einer besonderen Verabredung zwischen Schuldner und Uebernehmer. Die Entlassung des Schuldners aus der Verbindlichkeit, d. h. die Zerstörung der Obligatio im Sinne des persönlichen Verhältnisses, ist so wenig im Stande, den Fortbestand der Schuld zu alteriren, daß diese Befreiung vielmehr grade das Geschäft in möglichster Vollendung darstellt. Indeß ist sie keineswegs ein nothwendiger Bestandtheil des Geschäfts und kann ebensogut fehlen. Hieraus folgt, daß die Befreiung des Schuldners ein selbständiger Act ist, der für sich betrachtet werden muß und seinen eigenen Gesetzen folgt.

Die selbständigen Erlöschungsgründe der Verbindlichkeit des Schuldners sind folgende.

1) Entlassung des Schuldners aus der Verbindlichkeit Seitens des Gläubigers (Exnexuation, Liberation). Sie besteht in der Erklärung des Gläubigers, daß er den Schuldner aus der Verbindlichkeit entlasse und sich lediglich an den Uebernehmer halten wolle, sowie in der Annahme dieser Erklärung Seitens des Schuldners. Dieses Rechtsgeschäft ist seiner Natur nach ein Verzicht und nach den dort geltenden Grundsätzen zu beurtheilen. Hiernach ist auch die Frage zu entscheiden, ob die Entlassung durch concludente Handlungen erfolgen könne, jedenfalls liegt ein stillschweigender Verzicht nicht vor, wenn der Gläubiger die Erklärung des Uebernehmers, daß er sich von nun an als Schuldner betrachte, lediglich acceptirt; denn es ist offenbar unrichtig, aus dem bloßen Accept einer dem Acceptirenden vortheilhaften Erklärung einen Verzicht folgern zu wollen [3]). Ebensowenig ist Entsagung vorhanden, wenn der Gläubiger Zins- oder Abschlagszahlungen vom Uebernehmer in Empfang nimmt [4]); es genügt schon die einfache Erwägung, daß der Gläubiger sich Nachtheilen aussetzt, wenn er eine ihm selbst von

---

3) Böhmer, Rechtsfälle, Bd. 1. S. 335 flg. — Chr. G. Biener, opusc. acad. Vol. II. p. 335. p. 213 flg. — Thoel, Handelsrecht, Bd. 1. S. 128.

4) S. Biener u. Thoel l. c.

einem Dritten angebotene Zahlung ausschlägt[5]). Die theilweis entgegenstehende ältere Praxis hängt mit der irrigen Meinung zusammen, daß Uebernahme Delegation sei. Bei der Delegation versteht sich die Befreiung des alten Schuldners, d. h. der Untergang der alten Obligation von selbst, die Frage wurde daher so gestellt, ob in dem vorliegendem Falle die Erfordernisse der Delegation vorhanden seien? Nach einer sehr verbreiteten Meinung bejahete man die Frage, wenn der Gläubiger sich mit dem Uebernehmer in irgend welche Verhandlungen eingelassen hatte, indem man die s. g. vermuthete Delegation erfand[6]). Andere verwarfen die Zuläſſigkeit dieser Vermuthung in den fraglichen Fällen, weil die Delegation stets eine ausdrückliche Erklärung erfordere[7]). Die heutige gemeine Meinung läßt zwar nicht die vermuthete, wohl aber die stillschweigende Delegation zu[8]). Der Streit ist indeß hier müßig, da von Delegation überhaupt nicht die Rede sein kann, sondern die Lehre vom Verzicht, der allerdings unter Umständen auch ohne Worte erklärt werden kann[9]), entscheidend ist. Hinsichtlich der Annahme von Zahlungen stützte man sich auch noch auf L. 1. §. 10. D. de separ. (42, 6), wo gesagt wird, daß diejenigen Gläubiger das Separationsrecht einbüßen, welche die Schuld mit dem Erblasser noviren und wo es dann weiter heißt: sed etsi usuras ab eo, ea mente, quasi eum eligendo, exegerint, idem erit probandum. Allein das Separationsrecht ist so eigenthümlicher Natur, daß die Analogie nicht zutreffend ist. — Endlich enthält auch die Anstellung der Klage gegen den Uebernehmer keineswegs eine Entsagung[10]). Der L. 2. C. de pactis (2, 3) sagt zwar, daß wenn der Erbschaftsgläubiger den Käufer der Erbschaft verklage und dieser sich auf die Klage einlasse, hierin ein stillschweigender Vertrag liege, welcher den Verkäufer gegen die Klage

---

5) pr. I. quib. med. toll. (3, 29 [30]). — Allg. Pr. Landrecht, Th. I. Tit. 16. §. 49.

6) Gail, p. II. obs. 30. No. 3. — Mevius, Decis. p. II. dec. 240; p. VI. dec. 3; p. VII. dec. 10—13; p. VIII. dec. 392. — Hertii Resp. Vol. II. d. 567. No. 1; d. 888. — Strube, Bedenken, Th. 4. Bed. 50 und 106. — Quistorp, rechtl. Bemerk., Bd. 2. S. 225. —

7) Carpzov, Defin. p. II. c. 19. def. 16. — Hommel, rhaps. quaest. obs. 690. — Gesterding, Ausbeute, Bd. 5b. S. 248. —

8) Holzschuher, Theorie und Casuistik 2c. Th. 2, b. S. 361.

9) Göschen, Vorlesungen, Bd. 1. §. 111. — Für das preuß. Recht vergl. jedoch L. R. Th. I. Tit. 16. §. 381. —

10) S. Biener u. Thoel a. a. O.

des Gläubigers schütze. Allein diese singuläre Vorschrift, welche mit der römischen Litiscontestation zusammenhängt und deren heutige Anwendbarkeit mit Recht bezweifelt wird [11]), kann keinenfalls ausdehnend erklärt [12]) und auf die Uebernahme im Allgemeinen angewendet werden.

Am zweifelhaftesten wird die Frage, ob der Schuldner als entlassen anzusehen sei, dann liegen, wenn der Gläubiger nur erklärt hat: er genehmige die Uebernahme oder er trete dem Vertrage bei. Hier muß aus den Umständen des besonderen Falles und aus dem Inhalte des Vertrages zwischen Schuldner und Uebernehmer entnommen werden, ob der Gläubiger die Absicht gehabt habe, den Schuldner seiner Verbindlichkeit zu entlassen.

Stellt sich nach erfolgter Entlassung des Schuldners heraus, daß der Act der Uebernahme von Hause aus nichtig gewesen oder wird derselbe rescindirt, so kommt es darauf an, ob dem Gläubiger die Umstände, welche die Nichtigkeit oder Rescission begründet haben, bekannt gewesen sind oder nicht. Im ersteren Fall kann nur angenommen werden, daß er eine Schenkung beabsichtigt habe, weshalb die dort geltenden Grundsätze zur Anwendung gelangen. Hat er sich im Irrthum befunden, so wird ihm Restitution nicht verweigert werden können [13]).

2) Verjährung. Wenn der Uebernehmer seine Verpflichtungen erfüllt und dem Gläubiger pünktlich Zahlung leistet, sei es an Kapital oder Zinsen, so wird das Recht des Gläubigers in keiner Art verletzt, es hat dies denselben Erfolg, als wenn der Schuldner selbst Zahlung leistet. Da nun die Klageverjährung nicht eher zu laufen beginnt, als bis eine Rechtsverletzung eingetreten, also actio nata ist, so kann in dem vorausgesetzten Fall keine Rede von Verjährung sein. Der Gläubiger wird, auch wenn seit der Uebernahme die zur Verjährung erforderliche Frist längst abgelaufen ist, gleichwohl immer den Schuldner aus der obligatorischen Verbindlichkeit in Anspruch nehmen können. Dieser Grundsatz ist in dem Plenarbeschluß des Obertribunals zu Berlin vom 2. Mai 1842 (Entscheidungen Bd. 8 S. 13) anerkannt:

Nach den Grundsätzen des gemeinen und sächsischen Rechts wird durch die von dem Besitzer der Hypothek geleistete Zahlung der

---

11) Holzschuher a. a. O. S. 363.

12) Voet, Comment. tom. II. L. 10. tit. 2. No. 26 in f.

13) Vergl. Abschn. III. S. 48 u. preuß. L. R. Th. 1. Tit. 14. §. 402, 403, 409.

Zinsen die Klageverjährung gegen den Gläubiger, auch in Beziehung auf den persönlichen Schuldner, gehemmt und resp. unterbrochen.

Es ist zwar nur von dem „Besitzer der Hypothek" die Rede, indeß ergiebt sich aus den Gründen (S. 18), daß der Fall der Uebernahme gemeint ist, wie denn die Motive auf diesen Fall auch sonst vollständig anwendbar sind. Gegen die Fassung des Beschlusses ist zu erinnern, daß eine Klagverjährung, die noch gar nicht begonnen hat, auch nicht „unterbrochen oder gehemmt" werden kann, und daß daher richtiger der Beschluß dahin hätte gefaßt werden müssen, die Verjährung könne nicht beginnen, so lange der Besitzer der Hypothek oder Uebernehmer die Verpflichtungen des Schuldners erfülle. Nimmt man den Beschluß wörtlich, so kommt man zu einem, nach Maaßgabe der Gründe gar nicht beabsichtigten und falschen Resultat. Gesetzt nämlich, zur Zeit der Uebernahme hätte die Klagverjährung bereits begonnen, sei es, daß der Schuldner mit der Zahlung der Zinsen im Rückstande verblieben, sei es, daß Kündigung erfolgt und die Kündigungsfrist abgelaufen war[14]), nach erfolgter Uebernahme aber zahlt der Uebernehmer die rückständigen Zinsen und der Gläubiger macht von der Kündigung keinen Gebrauch, sondern läßt das Capital stehen. In einem Falle solcher Art wird man der Regel nach nicht annehmen können, daß die Zinszahlung des Uebernehmers die in Ansehung des Schuldners bereits begonnene Verjährung unterbreche. Man wird einwenden, dieser Fall stehe mit dem vorher besprochenen ganz auf gleicher Linie, da in dem einen wie in dem andern der Uebernehmer an Stelle des Schuldners, also in dessen Vertretung zahle. Allein es würde unrichtig sein, den Uebernehmer lediglich als Vertreter des Schuldners anzusehen. Dem Gläubiger stehen zwei Personen gegenüber, welche zur Zahlung verbunden sind, der Schuldner, weil er sich persönlich verbindlich gemacht, der Uebernehmer, weil er die Schuld in sein Passivvermögen übernommen, die Zahlung des einen befreiet den andern, aber jeder zahlt nicht um des andern willen, sondern um eine eigene Verbindlichkeit zu erfüllen, die selbständiger Natur ist, rücksichtlich deren daher auch selbständige Erlöschungsgründe denkbar sind. Man erwäge nur, daß der Schuldner sehr wohl deshalb mit der Zahlung zurückgehalten haben kann, weil er Einwendungen zu haben glaubte, von denen der Uebernehmer keinen Gebrauch zu machen seinem Interesse

---

14) Vergl. Savigny, System, Bd. 5. S. 296, 306.

angemessen hält. Eine nicht unzutreffende Analogie bietet das römische Recht dar in der Lehre vom constitutum debiti alieni. In der L. 18. §. 1. D. de pec. c. (13, 5) wird anerkannt, daß die Verbindlichkeit des Hauptschuldners durch eine vor der Eingehung des Constitutum begonnene Verjährung erlöschen könne und dennoch die Verpflichtung des Constituenten bei Kräften bleibe. Die in dem Constitutum liegende Anerkennung des Rechts des Gläubigers, welche an und für sich eine zur Unterbrechung der Verjährung vollständig geeignete Thatsache ist, hat also keinen Einfluß auf die Verjährung in Ansehung des Schuldners, eben weil sie nicht vom Schuldner, sondern vom Constituenten ausgeht. Als Regel wird man also festhalten müssen, daß die Zahlung des Uebernehmers die Verjährung in Betreff des Schuldners nicht unterbricht. Liegt indeß der Fall so, daß der Uebernehmer wirklich im Auftrage oder als Geschäftsführer des Schuldners z. E. rückständige Zinsen zahlt, so wird alsdann allerdings eine Unterbrechung anzunehmen sein.

Aus diesen Gründen kann die Verjährung als Erlöschungsgrund allerdings vorkommen und war somit hier aufzuführen, was auch schon deshalb nothwendig war, weil, selbst wenn die Rechtsverletzung erst nach der Uebernahme eintritt, dennoch die Klagverjährung beiden Verpflichteten gegenüber einer verschiedenen Beurtheilung in Ansehung der Dauer und der Voraussetzungen unterliegen kann, zumal wenn der Uebernehmer zugleich Besitzer des etwa bestellten Pfandes ist.

3) Confusion. Hier sind folgende Fälle zu unterscheiden:

a. Der Schuldner wird vor erfolgter Entlassung, jedoch nach der Uebernahme Inhaber der Forderung. Nach den gewöhnlichen Regeln ist dieser Fall gar nicht einmal möglich. Denn da der Schuldner bis zur Entlassung immer Schuldner bleibt, so tritt, falls er Rechtsnachfolger wird, Confusion und somit Aufhebung der Obligation ein. Allein die Uebernahme und die Unterscheidung zwischen Obligation und Schuld machen eine andere Beurtheilung nothwendig und bringen also eine wichtige Modification in die Lehre von dem Untergang der Rechte durch Vereinigung. Die Schuld nämlich, insofern sie Gegenstand des Verkehrs ist, gehört nach der Uebernahme zum Vermögen des Uebernehmers, wenn daher auch der Schuldner die Forderung erwirbt, so gehören dennoch Schuld und Forderung keineswegs zu demselben Vermögen. Es leuchtet auch sofort ein, daß, wenn man den Untergang der Schuld annehmen wollte, der Schuldner ohne allen Grund einen

Theil seines Vermögens einbüßen, der Uebernehmer aber einen ihm nicht zukommenden Gewinn machen würde, denn es ist wenigstens in manchen Fällen fraglich, ob dem Schuldner auf einem Umwege zu helfen sein möchte. Wohl aber wird, falls der Schuldner den Gläubiger oder der Gläubiger den Schuldner beerbt, die persönliche Verbindlichkeit des Schuldners durch Confusion aufgehoben, da sie lediglich Folge der Obligation ist, diese aber, so weit sie als persönliches Verhältniß in Betracht kommt, untergeht. Veräußert also der Erbe die Forderung, so hat der Erwerber kein Klagerecht gegen den Erben aus der alten Obligation, sondern nur etwa aus der Cession auf Gewährleistung. Auch der Fall ist denkbar, daß der Gläubiger dem Schuldner die Forderung cedirt, und zwar ebendeshalb, weil die Schuld nach der Uebernahme eine von der Obligation gesonderte, selbständige Existenz als Gegenstand des Verkehrs erhalten hat und daher auch Objekt eines Rechtsgeschäfts zwischen beiden sein kann[15]. Freilich muß erhellen, daß der Schuldner an den Gläubiger gezahlt hat, nicht um die Forderung zu tilgen, sondern um sie zu kaufen. Denn der Schuldner hat, falls er nach erfolgter Uebernahme in Anspruch genommen wird, die Wahl, ob er die Schuld tilgen und Entschädigung vom Uebernehmer verlangen oder ob er sie bestehen lassen will. Im Fall der Cession wird aber auch nicht einmal die obligatorische Verbindlichkeit aufgehoben, denn es treffen dann keineswegs der active und passive Bestandtheil der Obligation zusammen, sondern es erwirbt nur der obligatorisch Verpflichtete die Forderung, insofern sie Sache ist. Cedirt also der Schuldner weiter, so steht er dem Cessionar als Cedent und als Schuldner gegenüber[16]. —

b. Der Uebernehmer erwirbt die Forderung und cedirt sie weiter. Es entsteht die Frage, ob der Cessionar sich an den noch nicht entlassenen Schuldner halten könne?

Ehe auf die Frage selbst eingegangen werden darf, müssen die Bedingungen, unter welchen der Fall überhaupt möglich ist, untersucht werden.

Als Regel muß anerkannt werden, daß der Untergang der Forderung durch Confusion eintritt, sobald der Uebernehmer das Activum

15) S. den Rechtsfall im Anhang 2.

16) Vergl. Erkenntniß des Ob.-Trib. zu Berlin vom 23. April 1844. Entsch. Bd. 11. S. 303—311. — Hiermit steht im Zusammenhange das Erkenntniß vom 6. April 1847. Entscheid. Bd. 15. S. 221. —

durch Cession oder Erbgang erwirbt. Es kommt jedoch eine merkwürdige Ausnahme von dieser Regel vor. Der §. 52 des Anhanges zum Allg. preuß. Landrecht, Th. I. Tit. 16. §. 484 bestimmt:

Hypothekenrechte werden nicht durch die bloße Vereinigung ihres Eigenthums mit dem Eigenthümer des verpflichteten Grundstücks in einer Person aufgehoben, so lange nicht eine von dem Antrage des Besitzers abhängende Löschung erfolgt ist, und kann der Besitzer bis dahin ein solches ungelöschtes Hypothekenrecht gültig an einen anderen abtreten.

Das hier ausgesprochne Prinzip ist fortgebildet durch die Declaration vom 3. April 1824 [17]), welche bestimmt, daß der Eigenthümer des belasteten Grundstücks durch bloße Zahlung an den Gläubiger die Rechte eines Cessionars erlange. Jurisprudenz und Praxis folgerten dann weiter, namentlich: daß der Eigenthümer die auf ihn gekommene Post auf seinen Namen im Hypothekenbuche umschreiben lassen [18]), daß eine solche Post, wenn Concurs vor erfolgter Cession oder Löschung über das Vermögen des Gutseigenthümers ausbreche, zur Gemeinmasse gehöre und gegen die Immobiliarmasse liquidirt werden könne [19]), daß der Besitzer auch nach Verkauf des Grundstückes Eigenthümer der Forderung verbleibe [20]), sowie daß eine ungelöschte Post auf einem vermachten Grundstücke den Erben gebühre [21]).

Wie ist die Sache zu erklären? Unter den preußischen Juristen ist die Frage lebhaft erörtert, es sind fünf verschiedene Ansichten aufgestellt mit einer großen Anzahl von Controversen im Gefolge [22]).

Unter den sehr allgemeinen Ausdruck des §. 52 des Anhangs: Vereinigung des Eigenthums der Forderung mit dem Eigenthum des belasteten Grundstücks fällt zunächst der Fall, daß der Gläubiger Eigenthümer des verpfändeten Grundstücks wird, ohne zugleich Rechtsnachfolger des Schuldners zu werden. Alsdann haben wir es mit einer in das Gebiet des Pfandrechts gehörigen, hier nicht weiter zu erörternden

---

17) Gesetz-Sammlung S. 77.

18) Rescript vom 16. Juli 1836.

19) Pl.-Beschl. des Ob.-Trib. v. 9. Jan. 1846. Just. Min. Bl. S. 32. — Entscheid. Bd. 12. S. 66. —

20) Pl.-Beschl. des Ob.-Trib. v. 27. Mai 1839. Entscheid. Bd. 5. S. 51.

21) Koch, preuß. Privatrecht, Bd. 2. §. 826. Anm. 21. —

22) Ergänzungen zum A. L. R. Th. I. Tit. 16. Anh. §. 52. Ausg. 2. S. 247—286. Ausg. 3. S. 257—300. —

Anomalie, die übrigens schon im römischen Recht vorkommt[23]), zu thun, mit dem Pfandrecht an der eigenen Sache. Denkt man sich aber, daß der Gläubiger, indem er das Grundstück erwirbt, zugleich Rechtsnachfolger des Schuldners wird oder umgekehrt, so tritt zu jener Anomalie noch eine zweite, bedenklichere hinzu, daß nämlich das Hypothekenrecht fortbestehen soll, obwohl die Forderung durch Confusion untergegangen zu sein scheint. Auf diesen letzteren Fall beziehet sich die preußische Controversenliteratur hauptsächlich.

Die älteste jener fünf Ansichten betrachtet das Hypothekenrecht als ein selbständiges Recht, welches die Stelle im Hypothekenbuche zum Gegenstande habe und fortexistire, wenn auch die Forderung untergegangen sei. Diese, der accessorischen Natur des Pfandrechts widersprechende Meinung ist jetzt fast allgemein aufgegeben. Dagegen hat Koch[24]) folgende Theorie in Gang zu bringen gesucht. Das ältere deutsche Recht gestatte eine Obligirung des Grundstücks, indem es personifizirt und der zeitige Besitzer nur als Repräsentant desselben angesehen werde. Diese Auffassung sei in das Landrecht übergegangen, die Hypothekenforderung sei eine subjectiv-dingliche Schuld. Die persönliche Forderung, die Obligation gehe durch Confusion unter, die Realschuld oder Gutsobligation aber bleibe bestehen. Es ist dies Uebertragung einer neuerdings über die Natur der Reallasten hingestellten Ansicht auf das Pfandrecht, die um so bedenklicher ist, als sie hinsichtlich der Reallasten weder zur Erklärung ausreicht noch allgemein anerkannt ist. Die „Gutsobligation" entstünde mit der Verpfändung, also nach Entstehung der persönlichen Schuld. Dann hätte nun der Gläubiger zwei Schuldner, deren Verhältniß zu einander so unklar wie möglich ist. In nicht geringer Verlegenheit ist man, wenn nach dem juristischen Grunde der „Gutsobligation" gefragt wird. Es wäre doch jedenfalls eine sehr gewagte Fiction, ein Grundstück als Schuldner aus einem Darlehn, aus einem Kaufcontract u. s. f. anzusehen, zumal nicht das Grundstück, sondern ein Anderer das Darlehn empfangen, den Contract abgeschlossen hat und keineswegs als Vertreter des Grundstücks, welches demnächst erst verpfändet worden. Die „Gutsobligation" ist in der That, practisch betrachtet, nichts anderes als das Pfandrecht und die Verfechter derselben müssen es sich gefallen lassen, zu denjenigen

23) Göschen, Vorlesungen, §. 364, §. 329.

24) Uebergang der Forderungsrechte §. 18.

gezählt zu werden, welche die Hypothek als ein selbständiges Recht hinstellen, obwohl dem Dinge ein anderer Name gegeben ist [25]). Die einfachste und natürlichste Lösung liegt in einer dritten Ansicht — die vierte und fünfte können hier auf sich beruhen bleiben — eine Ansicht, welche dahin geht, daß Eigenthum der Forderung und Eigenthum des belasteten Grundstücks nebeneinander bestehen. Sie ist schon in dem Gutachten der Gesetzcommission [26]), aus welcher der §. 52 des Anhangs hervorgegangen, angedeutet, und von den Revisoren des Landrechts [27]) sowie vom Obertribunal [28]) angenommen. Es hat also die hypothekarische Eintragung den Erfolg, die sonst eintretende Confusion zu hemmen, so daß die Forderung als solche bei Kräften bleibt. Daß die Confusion als nicht geschehen betrachtet wird, ist gar nicht ungewöhnlich, so im Fall des beneficium inventarii [29]) und des Erbschaftskaufes [30]). Die schlagendste Analogie aber bietet das Wechselrecht: „auch an den Aussteller, Bezogenen, Acceptanten oder einen früheren Indossenten kann der Wechsel gültig indossirt und von demselben weiter indossirt werden [31]).“

Die wissenschaftliche Erklärung liegt wieder in dem Unterschiede zwischen Obligation und Schuld. Erstere, sofern sie ein Verhältniß zwischen Personen ist, geht unter durch Confusion, die Schuld aber, sofern sie Sache ist, kann bestehen bleiben. Was die Forderung aufrecht erhält trotz des Unterganges der Obligation ist lediglich der Wille des Schuldners beziehungsweise Gläubigers, dem es freisteht, die Forderung als Bestandtheil des Activvermögens und die Schuld als Bestandtheil des Passivvermögens bei Kräften zu erhalten. Aber dieser Wille muß ausgesprochen sein und zwar im Augenblick der Vereinigung, auch muß er so ausgesprochen sein, daß er für Andere erkennbar ist, denn grade dieses erkennbare Existiren macht den Charakter der

---

25) Vergl. v. d. Hagen im N. Archiv für preuß. Recht und Verfahren Jahrg. 5. Nr. 32. bes. S. 380. Auch Beseler, System Bd. 1. S. 352. Anm. 9. erklärt sich gegen die Personifikation des Grundstücks.

26) Vom 10. Juli 1802, abgedruckt in den Ergänzungen S. 257. (3. Ausg.)

27) Ergänzungen, 3. Ausg. S. 264. —

28) S. Anm. 19 u. 20. —

29) L. ult. §. 9. C. de jure delib. (6, 30).

30) L. 2. §. 18. D. de hered. vend. (18, 4). — L. 9. D. comm. praed. (8, 4). —

31) Allg. deutsche Wechselordnung, Art. 10.

Sache aus. Eine solche Willenserklärung, der das Gesetz die fragliche Wirkung beilegt, sind nun das Wechselindossament, welches durch bestimmte Formen die Erkennbarkeit sichert, und das Hypothekenwesen, welches dem Gläubiger ein Mittel an die Hand giebt, öffentlich zu erklären, daß es seine Absicht sei, die Forderung als Gegenstand des Verkehrs fortbestehen zu lassen, indem sie ungelöscht stehen bleibt. Hieraus folgt nun, und das ist die practische Seite der Sache, daß der Schuldner und Gutseigenthümer, der die Activforderung erworben und demnächst weiter veräußert hat, dem neuen Erwerber in doppelter Eigenschaft gegenübersteht, nicht blos als Cedent, sondern auch als Schuldner und zwar als Schuldner aus der ursprünglichen Obligation, welche, wenn sie auch als persönliches Verhältniß untergegangen ist, dennoch als juristischer Grund der Forderung fortbesteht. Als Schuldner steht er dem neuen Erwerber deshalb gegenüber, weil die Schuld zu seinem Passivvermögen gehört[32]). Dieser Satz wird von den Verfechtern der „Gutsobligation“ oder des selbständigen Hypothekenrechts verkannt, welche den Veräußerer nur als Cedenten ansehen wollen[33]).

Kehren wir nun zu der oben aufgeworfenen Frage zurück, so ergiebt sich Folgendes. Der Uebernehmer erwirbt das Activum durch Cession oder Erbgang und läßt die Post ungelöscht im Hypothekenbuche stehen. Alsdann wird der Umstand, daß das Activvermögen, zu welchem die Forderung gehört, und das Passivvermögen, zu welchem die Schuld gehört, sich in einer Hand befindet, ignorirt und beiden Bestandtheilen des Vermögens eine Art Selbständigkeit gegeneinander verliehen. Hieraus folgt, daß der Schuldner seiner Verbindlichkeit nicht enthoben ist, denn die Sache steht genau so, als wenn die Activforderung nicht auf den Uebernehmer, sondern auf einen Dritten übergegangen wäre. Für das Verhältniß zwischen Uebernehmer und Schuldner hat dies jedoch keine Bedeutung. Wenn nämlich ersterer auch in seiner Eigenschaft als Inhaber der Forderung befugt ist, den Schuldner in Anspruch zu nehmen, so muß er doch wieder in seiner Eigenschaft als Uebernehmer dem Schuldner dafür haften, daß dieser nicht in Anspruch genommen werde[34]). Der Umstand also, daß er dem Schuldner in doppelter

32) S. Abschnitt V. z. A.

33) Ergänzungen, S. 297.

34) S. den vorigen Abschnitt S. 49. Vergl. auch das Erkenntniß des Ober-Trib. zu Berlin vom 5. Sept. 1833. Simon u. Strampff, Rechtssprüche, Bd. 4, S. 325 flg.

Eigenschaft gegenübersteht, entkräftet sein Recht. Anders aber, wenn er das Activum weiter cedirt. Alsdann wird allerdings der Cessionar die Befugnisse des Gläubigers gegen den Schuldner haben. Die entgegenstehende Meinung verwechselt, soweit Confusion behauptet wird [35]), die Personen des Schuldners und des Uebernehmers. Das obligatorische Recht des Gläubigers kann durch Confusion nur untergehen, wenn es mit der obligatorischen Verbindlichkeit des Schuldners vereinigt wird, nicht aber, wenn Gläubiger und Uebernehmer eine Person werden, ohne daß die Forderung selbst untergeht; vielmehr besteht alsdann die Verpflichtung des Schuldners so lange fort, als die Forderung selbst, falls nicht selbständige Aufhebungsgründe Platz greifen. Mit mehr Grund könnte man geltend machen, der Cessionar müsse sich alle Einreden gefallen lassen, die dem Cedenten entgegengesetzt werden können [36]), allein dieser an sich richtige Grundsatz findet hier deshalb keine Anwendung, weil in der Person des Cedenten die Eigenschaft als Inhaber der Forderung von der als Uebernehmer ganz zu trennen ist.

Dasselbe gilt übrigens, wenn der Gläubiger die entsprechende Schuld übernimmt und die Post ungelöscht im Hypothekenbuche stehen läßt, demnächst aber weiter cedirt [37]).

Hiermit wird die Reihe der selbständigen Erlöschungsgründe der obligatorischen Verbindlichkeit geschlossen sein, denn von den Aufhebungsgründen, welche die Forderung selbst tilgen, ist hier nicht die Rede. Die preußische Gerichtspraxis ist jedoch anderer Meinung, die Subhastation des verpfändeten Grundstücks soll eine Aufhebung der Verbindlichkeit des Schuldners zur Folge haben. Das Erkenntniß des Obertribunals vom 9. März 1844 [38]) stellt folgenden Grundsatz auf: „Bei Subhastationen im Wege der Execution verliert der Gläubiger insoweit, als seine Forderung durch das Kaufgeld gedeckt wird, sein

35) Ergänzungen zum A. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 53, 54. 3. Ausgabe. Bd. 2. S. 461. Nr. 9. — Vergl. auch S. 255, 256 und das Erkenntniß in der vorigen Anmerkung.

36) So argumentirt das Obertribunal in dem Anm. 34 angeführten Erkenntniß.

37) Simon u. Strampff, Rechtssprüche, Bd. 1. S. 11 flg. Das erste Erkenntniß verbreitet sich über diese Frage.

38) Entscheidungen, Bd. 10. S. 152, vergl. Ergänzungen zum A. L. R. 3. Ausg. S. 459. Nr. 7, 8. —

persönliches Recht gegen den ursprünglichen Schuldner auch durch die bei der Kaufgelderbelegung mit dem Käufer vereinbarte Uebernahme seiner Forderung von Seiten des Letzteren. Einer ausdrücklichen Entlassung des bisherigen Schuldners bedarf es dazu nicht."

Aus den Gründen ergiebt sich folgende Auffassung. Der Gläubiger verlangt Befriedigung und erhält diese vollständig dadurch, daß der Adjudicatar seine Forderung übernimmt. Dieser Vorgang steht einer Zahlung gleich, die alte Schuld ist wie durch Zahlung aufgehoben und eine neue Schuld an deren Stelle getreten. Somit kann von dem Recht des Gläubigers aus der alten Obligation keine Rede mehr sein. Hiergegen ist zunächst zu erinnern, daß Uebernahme einer Schuld nicht den Untergang derselben bedeutet[39]), und sodann, daß eine falsche Anwendung von dem an sich richtigen Grundsatz: Uebernahme ist Zahlung, gemacht worden. Die Uebernahme ist nämlich nur dem Verkäufer gegenüber Zahlung, nicht aber dem Gläubiger gegenüber. Bei der Subhastation aber ist immer der Schuldner und Besitzer der wahre Verkäufer, denn wenn auch das Gericht oder die Gläubiger als verkaufender Theil genannt werden[40]), so handeln sie doch immer nur als Vertreter des Eigenthümers, dessen Dispositionsbefugniß auf sie übergegangen ist. Wenn dieser Grundsatz im Concurse richtig ist, so muß er es auch sein in Bezug auf eine spezielle Subhastation im Wege der Execution[41]). Die Sache ist also die: der Schuldner verkauft und der Käufer (Adjudicatar) zahlt durch Uebernahme. Das ist der erste Act des Geschäfts. Der zweite umfaßt die Befriedigung der Gläubiger. Diese sind berechtigt, Baarzahlung zu verlangen, lassen sie sich die Uebernahme gefallen, so verzichten sie damit nicht blos auf Baarzahlung, sondern auf Befriedigung überhaupt, und sind damit einverstanden, daß die Forderung fortbestehe. Ihnen gegenüber ist also Uebernahme keineswegs Zahlung, aus dem einfachen Grunde nicht, weil der Uebernehmer nicht ihnen, sondern dem Schuldner das Kaufgeld, das er durch Uebernahme tilgt, schuldig ist. Man hat gemeint, der Gläubiger werde auf dem Wege der Angabe an

39) S. Abschn. II. S. 26. —

40) Allg. preuß. Ger.-Ordn. Th. I. Tit. 52. §. 12. —

41) Koch, Recht der Forderungen, Bd. 1. S. 624. — L. 11. §. 16. D. de a. emt. vend. (19, 1). — L. 29. D. fam. ercisc. (10, 2) quod creditor egit, pro eo habendum est, ac si debitor per procuratorem egisset. —

Zahlungsstatt, nämlich durch Uebereignung eines Theiles der Kaufgelderforderung befriedigt[42]. Der Fall ist denkbar, liegt aber nicht vor, wenn der Adjudicatar den Kaufpreis durch Schuldenübernahme berichtigt hat[43].

Das wesentliche Ergebniß dieses Abschnittes läßt sich in folgende Sätze zusammenfassen:

1) die bloße Uebernahme befreit den Schuldner nicht,
2) die Befreiung des Schuldners hebt die Schuld nicht auf.

Der erste Satz beweist, daß die Uebernahme nicht Delegation sein kann, denn diese führt die Befreiung des Schuldners von selbst mit sich. Der zweite Satz aber zeigt den Unterschied von den Abschnitt II. S. 29—32 erwähnten vier Fällen. Wäre der Uebernehmer nur Stellvertreter, minister solutionis, so könnte die Schuld nach Entlassung des Schuldners aus der Verbindlichkeit nicht mehr fortbestehen. Denn der Schuldner, der aufgehört hat, Schuldner zu sein, kann als solcher behufs der Zahlung nicht mehr vertreten werden, und derjenige, der versprochen hat, für den Schuldner zu zahlen, ist nicht mehr im Stande, das Versprechen zu erfüllen, wenn das obligatorische Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner bereits aufgehoben ist.

42) Ergänzungen a. a. O. Nr. 8. S. 461.

43) Vergl. Abschn. II. Nr. VI. S. 29 flg. — Abschn. VI. Nr. IV.

Fünfter Abschnitt.

Verhältniss zwischen Gläubiger und Uebernehmer.

Klage.

An die Spitze dieses Abschnittes muß im Widerspruch mit der herrschenden Meinung [1]) folgender Satz gestellt werden:

der Gläubiger ist befugt, blos auf Grund der Uebernahme unmittelbar gegen den Uebernehmer zu klagen.

Der Beweis soll auf dreifache Weise geführt werden, erstens aus dem Begriffe, zweitens aus dem Bedürfniß des Verkehrs und drittens durch Berufung auf eine gleichförmige, Jahrhunderte hindurch beobachtete und unter den verschiedensten Formen wiederkehrende Gerichtspraxis, die nur hin und wieder und namentlich in neuester Zeit durch den Einfluß des römischen Rechts gebrochen ist.

In ersterer Beziehung unterliegt es zunächst keinem Zweifel, daß eine persönliche Klage im Sinne des Obligationenrechts unstatthaft ist, da anerkannt werden muß, daß zwischen Gläubiger und Uebernehmer keine Spur eines obligatorischen Verhältnisses besteht. Hiermit ist jedoch die Möglichkeit einer Klage überhaupt noch nicht abgeschnitten, denn es steht fest, daß der Cessionar den Schuldner belangen kann, obwohl zwischen beiden ebensowenig ein obligatorisches Verhältniß besteht. Man glaubt hier jedem Bedenken zu begegnen, wenn man sagt, der Cessionar klage aus der Person des Gläubigers und bediene sich

---

1) Savigny, System, Bd. 4. S. 137. — Koch, Uebergang der Forderungsrechte, S. 335. — Chr. G. Biener, Opuscula acad. Lips. 1830. Vol. II. p. 337. — Vergl. ferner die Citate in Anm. 104 u. 105 und die preuß. Declaration vom 21. März 1835, unten bei Nr. 9. —

nur der diesem zukommenden Klage. Allein diese Auffassung beruht auf der schon gerügten Verwechselung der Begriffe Forderung und Klage [2]). Es gehört nicht zum Wesen der Cession, daß das zu cedirende Recht bereits verletzt sei, folglich überträgt der Cedent nur die Forderung, nicht die Klage, welche ja erst durch die Rechtsverletzung entsteht. Tritt letztere nach erfolgter Cession ein, so kann eine persönliche Klage gar nicht mehr entstehen, für den Cedenten nicht, weil er die Forderung cedirt hat, und für den Cessionar nicht, weil der Schuldner zu ihm in keinem obligatorischen Verhältnisse steht.

Wenn also die Klage gegen den Uebernehmer nicht nur, sondern auch die Klage des Cessionars wissenschaftlich gerechtfertigt werden soll, so müssen wir das reine Obligationenrecht verlassen und jenes Gebiet betreten, welches am Schlusse der Einleitung als das „Recht der Forderungen und Schulden" und als ein Ergebniß moderner Rechtsentwicklung bezeichnet ist. Es kann nicht auffallen, wenn auf diesem besonderen Gebiet auch eine besondere Gattung von Klagen zum Vorschein kommt. Das Prinzip dieser Klagen ist folgendes:

Jeder, zu dessen Activvermögen eine Forderung gehört, ist berechtigt, die entsprechende Klage gegen den Schuldner anzustellen, und

Jeder, zu dessen Passivvermögen eine Schuld gehört, kann von dem Gläubiger mit der entsprechenden Klage belangt werden.

Um das Wesen dieser Klagen darzulegen, muß wieder an einen allgemeinen Gegensatz angeknüpft werden. Der Mittelpunkt des römischen Rechts ist die Person, deren Wille die Rechtsverhältnisse absolut beherrscht; das deutsche Recht hat eine andere Auffassung, die treffend mit dem Wort bezeichnet ist: das Eigenthum ist ein Amt. Dieser, höheren ethischen Gebieten angehörige Gegensatz hat auch auf das Privatrecht einen spezifischen Einfluß ausgeübt. Das römische Recht knüpft Rechte und Pflichten an die Person und schützt diese durch das System seiner Klagen; das deutsche Recht sieht Forderungen und Schulden als Bestandtheile einer Vermögensmasse an, die Person klagt und wird nur verklagt, insofern sie Verwalter dieser Vermögensmasse ist. Daher kommt z. E., daß man noch jetzt sagt, das Gesammtvermögen der Eheleute hafte für die Schulden u. s. f.

---

2) Abschnitt I. S. 13.

Diese deutsche Auffassung macht die Klage des Cessionars und die Klage gegen den Uebernehmer möglich. Die Person kann klagen und verklagt werden, nicht nur, insofern sie rein persönlich berechtigt und verpflichtet ist, sondern auch insofern sie Inhaber eines Vermögens ist, dem Forderungen zukommen, auf welchem Schulden lasten. Da nun Cession die Forderung und Uebernahme die Schuld in ein anderes Vermögen übertragen, so folgt, daß der Inhaber dieses anderen Vermögens als solcher berechtigt ist zu klagen, wenn sein Vermögen verkürzt wird, und verpflichtet ist, sich auf die Klage des Gläubigers einzulassen, wenn Schulden auf seinem Vermögen lasten, auch wenn er persönlich in keinem obligatorischen Verhältniß zum Gegner steht. Das Vermögen ist also das Medium, durch welches Personen in ein Verhältniß zu einander gebracht werden, das sonst nur unmittelbar durch den Willen erzeugt werden kann.

Hieraus folgt nun: wenn der Cessionar klagt, so ist es nicht die Klage des Gläubigers, als solche, die er anstellt, und wenn der Uebernehmer verklagt wird, so ist es nicht die Klage gegen den Schuldner, als solche, auf die er sich einzulassen hat. Beide Klagen, nämlich die des Cessionars und die gegen den Uebernehmer, sind selbständiger Natur. Der Grund derselben ist ein doppelter, zunächst die Existenz der Forderung und sodann die Zugehörigkeit zu dem Vermögen der Parteien. Die Zugehörigkeit der Forderung macht die Activlegitimation, die Zugehörigkeit der Schuld die Passivlegitimation aus. Es sind diese Klagen weder rein dinglicher noch rein persönlicher Natur. Sie sind nicht dinglich, weil sie nicht geknüpft sind an den Begriff des Eigenthums und des Besitzes von körperlichen Sachen, und weil die Personen, zwischen denen sie verhandelt werden, schon *vor* der Rechtsverletzung bestimmt sind, während die Person des Beklagten bei der in rem actio erst *durch* die Rechtsverletzung sich bestimmt. Sie sind aber auch nicht persönlich, weil zwischen den Parteien kein obligatorisches Verhältniß stattfindet, und weil überhaupt die Subjecte dieser Klagen nicht bestimmt werden durch eine Beziehung von Person zu Person, sondern durch Beziehung einer Forderung zu einem Vermögen. Hierin liegt allerdings eine Verwandschaft mit der in rem actio. Man pflegt von derselben zu sagen, ihre Eigenthümlichkeit bestehe darin, daß sie gegen jeden Dritten angestellt werden könne, indem man hinzudenkt, insofern er die verfolgte Sache besitzt. So kann man nun auch hier sagen, der Berechtigte könne gegen jeden Dritten klagen, insofern nämlich die

Schuld zum Passivvermögen des Dritten gehört. Wenn wir daher im 2. Abschnitt gesehen haben, daß Cession und Uebernahme im Recht der Forderungen und Schulden das sind, was die Tradition im Sachenrecht ist, so ergiebt sich hier, daß allerdings die Klage des Cessionars und die Klage gegen den Uebernehmer im Rechte der Forderungen und Schulden die Stelle einnehmen, welche die in rem actio im Sachenrecht hat, ohne daß deshalb die Grundverschiedenheit dieser Klagegattungen verkannt werden darf.

Das Auffallende, was die directe Klage des Gläubigers gegen den Uebernehmer für den rein auf dem Boden des römischen Rechts stehenden Juristen hat, liegt in der That lediglich in der Gewöhnung. Sie ist nicht mehr und nicht minder auffällig, wie die Klage des Cessionars gegen den Schuldner, deren Zulässigkeit bei allen Streitigkeiten über ihr Wesen niemals bezweifelt worden, da sie die Autorität des römischen Rechts für sich hatte. In beiden Fällen betreffen die Klagen Dritte, die zum Gegner in keiner obligatorischen Beziehung stehen, in beiden Fällen treten Dritte in die Stelle eines der ursprünglichen Interessenten, und zwar nicht durch ein Rechtsgeschäft mit dem Gegner im Prozeß, sondern durch ein Rechtsgeschäft mit dem, an dessen Stelle sie treten. Der Unterschied liegt allein darin, daß einmal die Forderung und das anderemal die Schuld Gegenstand dieses Rechtsgeschäfts ist. Die römische Auffassung der Cession und der Klage des Cessionars aus dem Gesichtspunkt des Mandats erklärt, eben weil sie den Kern der Sache verfehlt, nichts; will man sich aber auf den Standpunkt dieser einmal eingebürgerten Fiction stellen, so wird man mit Hülfe derselben auch die directe Klage gegen den Uebernehmer zulassen können. Indem man nämlich den Uebernehmer als jemand betrachtet, den der Schuldner beauftragt hat, ihn im Prozesse mit dem Gläubiger zu vertreten, wird man dem letzteren gestatten dürfen, den procurator unmittelbar zu belangen, und zwar um so mehr, als er procurator in rem suam ist. Diese Fortentwicklung des römischen Rechts würde ganz im Geiste desselben sein, ja es wird sich im ersten Anhang zeigen, daß der römische Jurist das Recht nicht nur so hätte fortbilden können, sondern daß auch wirkliche Andeutungen in diesem Sinne und Keime einer solchen Entwicklung in den Rechtsquellen sich vorfinden. —

Was das Bedürfniß des Verkehrs betrifft, so wird bei allem sonstigen Widerstreite der Meinungen so viel anerkannt werden, daß es eine dringende und unabweisbare Nothwendigkeit ist, dem Gläubiger

eine directe Klage möglich zu machen. Es geht dies schon daraus hervor, daß diejenigen, welche die Zulässigkeit der directen Klage bestreiten, aufs eifrigste bemüht sind, dem Gläubiger auf Umwegen eine Klage gegen den Uebernehmer zu verschaffen. Ohne diese Klage wäre der Gläubiger genöthigt, seinerseits den ursprünglichen Schuldner zu verklagen, dem es dann überlassen bliebe, den Rückgriff auf den Uebernehmer zu nehmen. Dieser Gang der Sache erscheint möglich bei einfachen Verhältnissen, obwohl er unter allen Umständen unnütze Vervielfältigung der Prozesse und Lähmung des Verkehrs mit Schulden nach sich ziehen würde. Unter verwickelten Verhältnissen verschwindet aber auch diese Aussicht für den Gläubiger. Man denke sich, daß das persönliche Recht des Gläubigers gegen den Schuldner auf selbständige Weise durch Entsagung, Verjährung oder Confusion untergegangen, oder daß der Schuldner verarmt ist, oder daß die Schuld, was bei einem ausgebildeten Hypothekenwesen leicht zutreffen kann, vermittelst einer Reihe von Uebernehmungen durch viele Hände bereits gegangen, der ursprüngliche Schuldner todt, seine Erben zerstreut oder verschollen sind, oder, nachdem sie verurtheilt worden, genöthigt werden den ersten Uebernehmer in Anspruch zu nehmen, der dann den folgenden belangt u. s. f., so daß die Schuldsumme durch Hinzutritt von Zinsen, Kosten und Schäden immer höher anschwillt. Man denke an die großartigen Institute der Neuzeit, welche immer complizirtere Verhältnisse zu Tage fördern, so Actiengesellschaften, die sich auflösen, und deren Schulden vom Fiscus oder von einer anderen Gesellschaft übernommen werden; man denke an Staatsverträge, vermittelst deren ein Staat durch Einverleibung in einen anderen seine Existenz aufgiebt, und wobei die Schulden des ersteren vom letzteren übernommen werden [3]) — und man muß einräumen, daß, wenn das Recht des Gläubigers auf die Ausklagung des ersten Schuldners gestellt wird, entweder der Gläubiger um das Seinige gebracht oder andere vom Regreß berührte Personen dem Ruin Preis gegeben werden, während der Uebernehmer einen ihm gar nicht zukommenden Gewinn machen kann.

In vielen Fällen wird dem Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Pfandrecht den Mangel der directen Klage ersetzen, falls der

---

3) Vertrag wegen Abtretung der Fürstenthümer Hohenzollern-Hechingen und Sigmaringen, vom 7. Dec. 1849, Ges.-Samml. von 1850. S. 289. Art. 5: die Krone Preußen übernimmt . . . alle . . . Landesschulden.

Uebernehmer zugleich Besitzer des Pfandes ist. Allein einmal giebt es doch gewisse Gattungen von Geschäften, namentlich im kaufmännischen Verkehr, bei welchen eine Sicherstellung durch Pfand nicht zu geschehen pflegt, sodann ist der Pfandgläubiger der Gefahr ausgesetzt, daß der Werth des Pfandes zu seiner Befriedigung wegen Kapital, Zinsen und Kosten nicht ausreicht, zumal wenn Conjuncturen eintreten, in deren Folge der Werth der Grundstücke sinkt; ferner ist der wichtige Unterschied zu berücksichtigen, daß die Pfandklage nicht wie die Schuldklage direct auf Verurtheilung zur Zahlung geht, sondern daß der Beklagte die Wahl hat, zu zahlen oder das Pfand, dessen Werth vielleicht zweifelhaft oder welches zur Zeit unverkäuflich ist, herauszugeben [4]); endlich ist der Beklagte nach dem Recht der Novellen [5]) geradezu befugt, die Vorausklagung des persönlichen Schuldners und der etwaigen Bürgen zu verlangen, wodurch die in der Pfandklage liegende Aushülfe fast jeden Werth verliert.

Zuweilen wird sich der Gläubiger der *actio Pauliana* mit gutem Erfolge bedienen können, dann nämlich, wenn ein ganzes Vermögen unter Lebenden veräußert worden. Die L. 17. §. 1. D. quae in fraudem cred. (42, 8) enthält eine hierher gehörige Bestimmung:

Lucius Titius, quum haberet creditores, libertis suis iisdemque filiis naturalibus universas res suas tradidit. Respondit: quamvis non proponatur consilium fraudandi habuisse, tamen quia creditores habere se scit, et universa bona sua alienavit, intelligendus est fraudandorum creditorum consilium habuisse; ideoque etsi filii eius ignoraverunt, hanc mentem patris sui fuisse, hac actione tenentur.

Da die Pauliana actio gegen Dritte nur dann gerichtet werden kann, wenn sie entweder Theilnehmer des Betruges oder durch Schenkung bereichert sind, so muß man annehmen, daß der Jurist den Fall der unentgeltlichen Veräußerung vor Augen gehabt hat [6]). Demnach ist die hier gewährte Aushülfe eine sehr eingeschränkte, da alle auf Gegenseitigkeit beruhende Verträge ausgeschlossen sind. Aber auch in den seltenen Fällen der Anwendbarkeit bleibt der wichtige Unterschied

---

4) Hommel, rhaps. quaest. obs. 606.

5) Nov. 4. c. 2. Im preuß. Recht fällt diese Einrede fort. A. L. R. Th. I. Tit. 20. §. 53, §. 494.

6) L. 6. §. 11. D. quae in fraud. (42, 8). — L. 13 eod. — L. 5. C. de his revoc. quae in fraudem (7, 75). — Savigny, System, Bd. 4. S. 139. Not. k. — Allg. jurist. Zeitung, 1829. S. 286. —

bestehen, daß mittelst der Pauliana actio zunächst nur Aufhebung des Geschäfts verlangt werden kann, während die Schuldklage direct auf Zahlung geht[7]). —

Als ein Hülfsmittel ganz allgemeiner Natur wird dem Gläubiger empfohlen, einen „besonderen Vertrag" mit dem Uebernehmer zu schließen[8]), „ihn durch ein besonderes Versprechen in persönliche Verbindlichkeit zu ziehen"[9]). Auf diese Weise soll dann ein obligatorisches Verhältniß hergestellt und dem Gläubiger eine persönliche Forderung verschafft werden. Bei näherer Betrachtung wird sich jedoch zeigen, daß diese Operation nichtssagend ist und auf juristischer Selbsttäuschung beruht. Ein solcher Vertrag könnte eine persönliche Klage im Sinne des Obligationenrechts nur dann hervorbringen, wenn er als Grund einer neuen selbständigen Forderung des Gläubigers gegen den Uebernehmer gelten könnte. Allein Uebernahme ist Succession, d. h. die alte Obligation zwischen Gläubiger und Schuldner ist und bleibt Grund der Forderung. Der fragliche Vertrag kann nicht einen zweiten Grund neben den ersten hinstellen, er könnte nur irgend etwas hinzufügen. Aber was? Meint man, daß eben die persönliche Klage gegen den Uebernehmer hinzugefügt werde, so verkennt man, daß ein Vertrag, mittelst dessen einer dem anderen eine Klage, die sonst nicht begründet ist, gegen sich einräumt, unstatthaft ist[10]). Somit muß zugestanden werden, daß es an allem Stoff zu einem solchen Vertrage mangelt, und ein Vertrag ohne Inhalt ist kein Vertrag. Zieht man das Geschäftsleben zu Rathe, so findet man allerdings nicht selten Verhandlungen zwischen Gläubiger und Uebernehmer, denen die Vertragsnatur nicht abgesprochen werden kann. Allein es handelt sich hier nicht um die Frage, ob überhaupt Verträge zwischen Gläubiger und Uebernehmer möglich sind, sondern um einen Vertrag, aus dem eine selbständige persönliche Klage entspringen könnte. Jene wirklich vorkommenden Verhandlungen haben eine andere Bedeutung, entweder sind sie dazu bestimmt, die Individualität der Forderung zu modifiziren (Abschnitt VI. Nr. III.), oder sie enthalten ein Anerkenntniß der neuen Stellung zwischen

---

7) Pfeiffer, prakt. Ausführungen, Bd. 4. S. 154. —

8) Preuß. Deklaration vom 21. März 1835. §. 1. G. S. S. 43.

9) Biener, opusc. acad. Vol. II. p. 337. Erkl. von 1820. —

10) L. 27. §. 2. D. de pactis (2, 14) . . non poterit paciscendo, ut agere possit, agere, quia . . . pactum ad actionem reparandam inefficax est, non enim ex pacto injuriarum actio nascitur, sed ex contumelia. —

Gläubiger und Uebernehmer, welches in mehrfacher Beziehung wichtig werden kann (Abschnitt VI. Nr. II. und Abschnitt VII.). Ein Anerkenntniß aber kann niemals Klagegrund sein, es kann Rechtsverhältnisse, die nur naturaler Art sind, zur bürgerlichen Gültigkeit erheben, es kann ferner Beweismittel sein, aber es kann niemals Rechte erzeugen[11]). Die Agnition setzt also ein bereits bestehendes Recht voraus, erkennt man daher die directe Klage nicht an als an und für sich vorhanden, so kann sie sich der Gläubiger auch nicht auf dem Wege der Agnition verschaffen. Das Vorkommen dieses Rechtsgeschäfts ist mithin ein recht starker Beweis dafür, daß das Volksbewußtsein von vornherein die Klage für zulässig und in sich selbst begründet erachtet hat, man würde sonst nicht die Form des Anerkenntnisses gewählt haben, und schwerlich hat die Gewohnheit, der die Agnition ihr Dasein verdankt, jemals die angebliche Nothwendigkeit der Herstellung einer s. g. persönlichen Verbindlichkeit zum Ausgangspunkt gehabt. — Sollte aber auch vorstehende Ausführung unrichtig und die Erzeugung einer Klage im Wege des Vertrages möglich sein, so bliebe doch noch eine ganze Reihe von Fällen, in welchen dem Gläubiger nicht geholfen wäre, nämlich dann, wenn der Uebernehmer den Abschluß eines solchen Vertrages verweigert, oder wenn derselbe aus anderen Gründen unterblieben ist.

Man hat daher als letztes Mittel in Vorschlag gebracht, der Gläubiger solle sich Cession vom Schuldner ertheilen lassen und sich dadurch in die Verfassung setzen, gegen den Uebernehmer klagen zu können[12]). Allein auch diese Cession ist eine Erfindung der Noth und juristisch unmöglich. Es fragt sich zunächst, welcher Art das Recht sei, das der Schuldner dem Gläubiger abtreten soll. Die Unklarheit ist hierbei soweit gegangen, daß man, wenn z. E. in einem Kaufvertrage ein Theil

---

11) Erkenntniß des O. App. Ger. zu Wiesbaden vom 18. Aug. 1837, bei Flach, Entscheidungen, S. 12; desgl. bei Seuffert, Archiv, Th. I. S. 225 — s. auch Bd. 4. S. 182. — An ein constitutum debiti proprii ist nicht zu denken, weil dieses das Bestehen eines obligatorischen Verhältnisses, wenn auch nur eines naturalen, voraussetzt, während ein solches hier erst hervorgebracht werden soll. Constitutum ist eine Art des Anerkenntnisses, aber nicht jedes Anerkenntniß ist constitutum. —

12) Savigny, System, Bd. 4. S. 138. — Preuß. Deklaration vom 21. März 1835. §. 3. Ges.-Samml. S. 43. — Löwenberg, Motive, Bd. 1. S. 331. — Entscheidungen des Ob. Trib. Bd. 7. S. 298 flg. Sommer, im neuen Archiv, Bd. 2. S. 78 flg. — Schuster, Zwei Abhandlungen, Wien 1830. S. 145. — Winiwarter, das österr. bürgerliche Recht, Bd. 2. S. 277. —

der Kaufgelder durch Uebernahme von Schulden des Verkäufers belegt worden, gemeint hat, dieser Theil der Kaufgelder sei Gegenstand der Cession [13]). Das wäre allerdings ein vortheilhaftes Geschäft für den Gläubiger, er würde außer seiner ursprünglichen im Grundstück versicherten Forderung noch eine andere Forderung zum gleichen Betrage erwerben, oder will man ihm etwa zumuthen, auf die erstere gegen die Cession der letzteren zu verzichten? Es wird dabei übersehen, daß die Kaufgelderforderung eben durch die Uebernahme auf so hoch gleichwie durch Baarzahlung [14]) getilgt werden, und daß sie deshalb nicht mehr Gegenstand der Cession sein kann. Vernünftiger Weise ist daher nicht ein Recht aus dem Kaufvertrag, sondern allenfalls ein Recht aus der Uebernahme, als solcher, möglicher Gegenstand der Cession. Allein der Uebernehmer haftet nur dafür, daß der Schuldner nicht in Anspruch genommen werde, und kann erst belangt werden, wenn der Schuldner zur Zahlung genöthigt worden [15]). Es fehlt also an einem Gegenstande der Cession. Angenommen aber auch, diese Ansicht wäre unrichtig, und der Uebernehmer wäre um der Uebernahme willen verpflichtet, den Schuldner zu befreien, oder er hätte sich dazu noch besonders anheischig gemacht, so würde doch dieses Recht des Schuldners auf Befreiung keiner Abtretung fähig sein, weil es nicht selbständiger Natur ist. Es ist dargethan [16]), daß die Uebernahme ein modus solvendi, eine Art der Erfüllung von Verbindlichkeiten ist; läßt sich nun der Schuldner Befreiung versprechen, so hat dieses Versprechen, diese Verpflichtung des Uebernehmers, den Zweck, die Erfüllung selbst zu sichern, indem der Schuldner vor möglichen Eventualitäten geschützt wird. Ein jedes Recht aber, welches zur Sicherstellung anderweiter Rechtsverhältnisse dient, ist accessorischer Natur und kann deshalb für sich allein nicht cedirt werden [17]), hier um so weniger, als das sichergestellte Rechtsverhältniß selbst, nämlich die Erfüllung, der Uebertragung auf Dritte der Natur der Sache nach nicht fähig ist. Zu diesem einen Grunde kommt noch ein zweiter hinzu. Das Recht des Schuldners

---

13) Löwenberg, Motive, Bd. 1. S. 334. — Koch, Uebergang der Forderungsrechte, S. 48. Anm. 4. S. 50. —

14) Abschn. III. S. 45 flg. —

15) Das. S. 49.

16) Das. S. 45.

17) Mühlenbruch, Cession, 3. Aufl. §. 28. S. 331. — Allg. preuß. Landrecht, Th. I. Tit. 19. §. 22. —

auf Befreiung gehört zur Klasse derjenigen Befugnisse, welche, wie Mühlenbruch sich ausdrückt, lediglich mit Rücksicht auf das persönliche Bedürfniß des Berechtigten ertheilt sind, so daß sowohl Entstehung als Fortdauer derselben durch dies Bedürfniß bedingt ist, und welche deshalb der Cession nicht unterliegen [18]). Ein Dritter hat kein Interesse daran, daß der Schuldner befreit werde, und eine Klage des Gläubigers gegen den Uebernehmer auf Beschaffung dieser Liberation ist um so unpassender, als der Gläubiger in der Lage ist, diese Befreiung ohne Weiteres selbst bewirken zu können. Das fragliche Recht hat keinen Sinn und keinen Werth in den Händen eines Dritten, es ist kein solches Vermögensrecht, welches Bestandtheil eines jeden anderen Vermögens werden könnte, wie sich am deutlichsten darin zeigt, daß niemand ohne zu schenken Valuta dafür geben kann. Von einem Dritten wird dies ohne Weiteres zugestanden werden, was aber den Gläubiger betrifft, so könnte man meinen, die von ihm zu leistende Valuta bestehe in der Entlassung des Schuldners aus der Verbindlichkeit, allein abgesehen davon, daß der Gläubiger sich selten hierzu verstehen wird, so leuchtet ein, daß das Recht des Schuldners auf Befreiung in dem Augenblick der ertheilten Entlassung erlischt, daß letztere also im Grund nicht Valuta, sondern vielmehr das selbst ist, was den Gegenstand des Rechts ausmacht. Auch vom Standpunkt des römischen Rechts ist eine solche Cession unmöglich, das procurare ginge wohl aber nicht das in rem suam. Es findet sich denn auch im römischen Recht keine Spur davon vor. Wenn nämlich auch den Römern die Uebernahme als Rechtsinstitut unbekannt gewesen, so kommen doch Fälle genug vor, in welchen Veranlassung sich dargeboten hätte, sich dieses Mittels zu bedienen, so bei Uebertragungen eines ganzen Vermögens oder einer Erbschaft unter Lebenden, ferner wenn der Empfänger einer Sache versprochen hatte, gewisse Schulden des Veräußerers zu bezahlen. Wie die Römer diese Fälle behandelt haben, wird sich später zeigen, jedenfalls ist es nie einem ihrer Juristen in den Sinn gekommen, an die Möglichkeit einer solchen Cession zu denken. Uebrigens hat es auch in der Gegenwart nicht an solchen gefehlt, die sich gegen diese Meinung erklärt haben [19]). Es wird überflüssig sein, noch zu bemerken, daß diese

---

18) Mühlenbruch, Cession, S. 329. — Allg. Pr. Landrecht, §. 22 cit.

19) Oswald, in der Zeitschrift von Simon und v. Strampff, Bd. 2. S. 282, dazu die Anmerkung 9 der Herausgeber. — Löwenberg, Motive,

Cession, ihre juristische Möglichkeit vorausgesetzt, unthunlich wäre, wenn der Gläubiger den Schuldner, wie nicht selten vorkommen wird, zuvor der Verbindlichkeit entlassen hätte; daß sie practisch unausführbar wäre bei Veräußerungen großer mit vielen Schulden belasteter gewerblicher Institute, bei Erwerbungen von Eisenbahnen durch den Staat, bei der Incorporirung eines Staates in Ansehung der auf den Inhaber lautenden Papiere u. s. f.; daß der Gläubiger endlich mit dieser Cession in der Hand nur verlangen könnte, daß der Uebernehmer verurtheilt werde, den Schuldner zu befreien, ein Erkenntniß, dessen Vollstreckung dem Gläubiger wenigstens nicht immer zu seinem Gelde verhelfen würde. Wenn das Obertribunal zu Berlin in dem Anm. 12 angeführten Erkenntniß ausgeführt hat, der Gläubiger könne auf Grund der Cession unmittelbar auf Zahlung klagen, so erklärt sich dies aus dem Bedürfniß des Verkehrs, welcher ohne eine Klage des Gläubigers auf Zahlung nicht bestehen kann.

Somit wären denn alle Versuche, dem Gläubiger eine Klage gegen den Uebernehmer auf Umwegen zu verschaffen, gescheitert und wir wären dahin gelangt, entweder die directe Klage als eine in sich begründete zuzulassen oder das Institut der Uebernahme durch Verweisung des Gläubigers auf den persönlichen Schuldner aller Lebensfähigkeit zu berauben.

Daher hat denn auch die Gerichtspraxis kein Bedenken getragen, die directe Klage des Gläubigers gegen den Uebernehmer ohne Weiteres zu gestatten. Diese Praxis ist um so bemerkenswerther, als positive Aussprüche der Quellen des römischen Rechts die Klage verwerfen.

L. 25. C. de pactis (2, 3). Debitorum pactionibus creditorum petitio nec tolli nec mutari potest.

L. 7. C. de N. et D. (8, 42). Si solvere tibi pecuniam delegatus Eucarpus dare spopondit, vel debitum constituit, suo nomine conveniri potest, alioquin adversus eum experiri pro chirographario debitore tuo frustra conaris.

Die einzelnen Anwendungen, welche in den Quellen von diesem Grundsatz gemacht sind, werden später angegeben werden.

Bd. 1. S. 332. — Erkenntniß des Kammergerichts zu Berlin v. J. 1823, in den Rechtssprüchen Bd. 1. S. 14, 15; auch das Obertribunal scheint Bedenken in Betreff der Cession gehabt zu haben, vergl. S. 18. — Ergänzungen zum A. L. R. I. 20. §. 53, 54. Ausg. 3. S. 458. b.

Bei Darlegung der Praxis sollen die einzelnen Rechtsinstitute und Rechtsverhältnisse, mit denen Uebernahme fremder Schulden verbunden zu sein pflegt, der Reihe nach durchgegangen werden.

1. Erbschaftskauf.

L. 2. C. de hered. vend. (4, 39). Ratio juris postulat, ut creditoribus hereditariis te convenire volentibus tu respondeas, et cum eo, cui hereditatem venumdedisti, tu experiaris suo ordine. Nam ut satis tibi detur sero desideras, quoniam eo tempore, quo venumdabatur hereditas, hoc non est comprehensum. Quamvis enim ea lege emerit, ut creditoribus hereditariis satisfaciat, excipere tamen actiones hereditarias invitus cogi non potest. — Ulp. frgm. XIX. §. 14. — L. 2. C. de pactis (2, 3). — L. 3. D. ad SC. Vell. (16, 1). —

Anders nach der Praxis. Einschlagende Erkenntnisse aus der älteren Zeit findet man bei Christinaeus[20]) (geb. 1553); Groenewegen bezeichnet das römische Recht als aufgehoben in diesem Punkte[21]) und Voet[22]) sagt: quod . . . *nostris moribus* mutatum esse et creditoribus in emtorem actiones oportere dari cet. Desgl. Hellfeld[23]): quibus tamen contra emtorem actio non denegatur utilis, und Gottschalk[24]): ea in re juris romani nullum amplius esse usum, sed remotis ambagibus creditores . . . adversus emtorem hereditatis agere posse. Ihnen folgen Hofacker[25]) und C. F. Koch[26]). Ein Erkenntniß für die neuere Zeit findet sich bei Hartitzsch[27]). Wenig Unterschied macht es im Prinzip, wenn Einige die Klage nur für den Fall der Insolvenz des Verkäufers zulassen[28]), es ist dies eine Halbheit, die weder dem römischen noch dem deutschen Recht entspricht und lediglich auf Unsicherheit beruhet. Das Allg. Pr. Landrecht bestimmt

---

20) Practic. quaest. Vol. 6. dec. 67.

21) De leg. abrogatis et inusitatis ad Cod. lib. IV. tit. 39. L. 2.

22) Comment. ad Pand. tom. III. lib. XVIII. tit. 4. No. 6.

23) Jurisprud. for. §. 1015.

24) Disceptat. for. tom. II. cap. V. pag. 52.

25) Principia jur. III. §. 1942.

26) Recht der Forderungen, Bd. III. S. 675.

27) Entscheidungen, Leipzig 1840, Nr. 167.

28) Wernher, Observ. p. I. obs. 55. — Mevius, Decis. p. II. dec. 296. — Streng festgehalten wird das römische Recht von A. Faber, Error. Pragm. D. 48. c. 7. No. 4. — Stryk, us. med. lib. 18. tit. 4. §. 4. — Die erstere Meinung stützt sich auf L. 94. §. 1. D. de leg. 1. (30). —

rücksichtlich der Gläubiger ganz allgemein: es steht denselben frei, sich ihrer Befriedigung halber an den Käufer der Erbschaft oder an den Erben selbst zu halten. Th. I. Tit. 11. §. 463[29]).

2. Schenkung des ganzen Vermögens.

Die hierher gehörigen Aussprüche der Quellen des römischen Rechts berühren zwar die Schenkung des gesammten Vermögens nicht unmittelbar, gestatten aber unzweifelhaft analoge Anwendung[30]).

L. 28. D. de donat. (39, 5). Hereditatem pater sibi relictam filiae sui iuris effectae donavit. Creditoribus hereditariis filia satisfacere debet, vel si hoc minime faciat et creditores contra patrem veniant, cogenda erit per actionem praescriptis verbis patrem adversus eos defendere. cf. L. 15, 22. C. de donat. 8, 53 (54). —

L. 72. D. de jure dot. (23, 3). Mulier bona sua omnia in dotem dedit. Quaero, an maritus quasi heres oneribus respondere cogatur? Paulus respondit: eum quidem, qui tota ex repromissione dotis bona mulieris retinuit, a creditoribus ejus conveniri non posse, *sed non plus esse in promissione bonorum, quam quod superesset deducto aere alieno.* cf. L. 39. §. 1. D. de V. S. 50, 16.

Hiernach steht soviel fest, daß das römische Recht den Gläubigern die directe Klage versagt, zweifelhaft dagegen ist, ob und welches Auskunftsmittel denselben durch die Schlußworte der letzteren Stelle dargeboten werde. Savigny[31]) meint, es gelte die Annahme, daß sich der Empfänger stillschweigend verpflichtet habe, alle Schulden zu bezahlen, die Erfüllung dieser Vereinbarung könne der Geber erzwingen oder auch die hierauf gerichtete Klage den Gläubigern cediren. Es ist früher[32]) ausgeführt, daß die Schenkung des ganzen Vermögens die Uebernahme der Schulden von selbst mit sich bringe, es ist aber auch ferner gesagt worden, daß die Uebernahme von Schulden dem Schuldner gegenüber noch nicht das Versprechen enthalte, die Gläubiger zu bezahlen[33]), und es muß in Abrede gestellt werden, daß die Annahme, dieses Versprechen sei stillschweigend ertheilt, ohne Weiteres gerecht-

---

29) Uebereinstimmend ist das österr. G. B. §. 1282. S. dazu Winiwarter, das östr. bürg. Recht, Bd. 4. S. 539.

30) Savigny, System, Bd. 4. S. 137. Note f.

31) Das. S. 137 u. 138.

32) Abschn. II. S. 38. Nr. 3.

33) Abschn. III. S. 49 flg.

fertigt und sehr natürlich sei. Die L. Mulier sagt hiervon kein Wort und die L. 28. de donat. sagt zwar: creditoribus satisfacere debet, gestattet aber durchaus nicht die Annahme eines stillschweigenden Versprechens, denn sie gewährt, falls die Befriedigung ausbleibt, keineswegs wie die L. 22. C. de donat., welche das ausdrückliche Versprechen der Schuldentilgung voraussetzt, eine Klage auf Erfüllung, sondern nur das Recht, die defensio zu erzwingen. Dazu kommt, daß die Klage auf Erfüllung jenes Versprechens, wie oben dargelegt worden [34]), nicht cedirt werden kann. Glück ist der Ansicht, die Klage müsse zwar gegen den ursprünglichen Schuldner gerichtet werden, die Execution aber könne sofort auf das in den Händen des Empfängers befindliche Vermögen gerichtet werden [35]). Dem widerspricht jedoch der bekannte prozessualische Grundsatz, daß jedes Erkenntniß nur gegen die Partei, nicht aber gegen dritte Personen vollstreckt werden kann. Mehr Schein hatte eine dritte Ansicht für sich [36]). Nach dieser ist zunächst der Veräußernde berechtigt, soviel als zur Bezahlung der Schulden erforderlich ist, zurückzubehalten, hat er dies versäumt, so kann er auf so hoch die Rückgabe des Vermögens verlangen und diese Klage den Gläubigern abtreten, ist er dazu in Güte nicht bereit, so können die Gläubiger im Wege der Execution dieses sein Rückforderungsrecht in Anspruch nehmen und indem sie dasselbe Namens des Schuldners gegen den Inhaber des Vermögens ausüben, zur Befriedigung gelangen. Es ist zunächst anzuerkennen, daß eine Cession in dieser Weise an sich sehr wohl denkbar ist, da das Rückforderungsrecht eine selbständige Natur hat, allein dieses Rückforderungsrecht existirt nicht. Als Grundlage desselben dient die Annahme, der Geschenkgeber sei befugt, Deckung zurückzubehalten, allein diese Befugniß kann ihm wenigstens nach heutigem gemeinen Recht nicht zugestanden werden. Mit dem Abschluß des Schenkungsvertrages ist die Uebernahme der Schulden vollzogen und nach der Uebernahme ist der Schuldner nicht berechtigt, Sicherheit oder Deckung

---

34) Siehe S. 77 flg.

35) Pand. Comm. Th. 25. S. 15. Ihm folgen Holzschuher, Theorie und Casuistik, Bd. 1. S. 517. Nr. 2. — Schweppe, Concurs, 3. Ausg. §. 33.

36) Kind, quaest. for. tom. IV. c. 34. — Allg. Jurist. Zeit. v. Elvers [illegible] ender, 1829, S. 290. — Elvers, Themis, Bd. 1. S. 346. — Koch, [illegible] der Forderungen, Bd. 3. S. 180. Anm. 4. — Wehner, Rechtsfragen, [illegible] ma u. Leipzig 1850, Nr. 2. —

zu verlangen[37]). Gesetzt aber auch, dies wäre der Fall, so würde hieraus immer noch nicht das Recht zur Rückforderung des zu viel Gezahlten folgen; man meint, der Geschenkgeber könne sich der condictio sine caussa bedienen, allein, wie sehr auch die Ansichten über diese Klage auseinandergehen mögen, so viel steht fest, daß wissentlich geleistete Zahlungen, abgesehen von den in den Quellen ausdrücklich genannten Fällen, nur dann zurückgefordert werden können, wenn, was hier nicht der Fall, die Voraussetzungen der condictio indebiti vorliegen, denn sonst würde die ganze Lehre von der condictio indebiti mit einem Schlage beseitigt sein[38]). Somit müssen wir vom Standpunkt des römischen Rechts aus darauf verzichten, den Gläubigern, falls nicht actio Pauliana factisch begründet sein sollte, eine Klage gegen den Empfänger zu verschaffen, sie mögen sich an den Schuldner halten und dieser mag den Geschenknehmer zur Vertretung auffordern oder seinen Regreß gegen ihn nehmen, ist der Schuldner insolvent, so ist den Gläubigern nicht zu helfen[39]).

Die Praxis des gemeinen Rechts dagegen gestattet dem Gläubiger, die Klage aus der eigenen Forderung direct gegen den Beschenkten zu richten. Voet, Comm. ad Pand. I. 5. lib. 39. tit. 5. §. 20. med.: Immo secundum hodierni juris simplicitatem donatarium a creditoribus donatoris recta via absque circuitu ad solvendum aes alienum donantis compelli posse, post multos alios citatos tradit Groenewegen ad L. 28. ff. h. t. — Mit besonderer Energie macht Leyser[40]) diesen Grundsatz geltend, indem er die entgegengesetzte Meinung rationem tam absonam tam a saeculi nostri genio abhorrentem nennt, zugleich theilt er einen Wittenberger Beschluß von 1730 mit, in welchem die Klage, weil der Beschenkte als Uebernehmer zu betrachten sei, für zuläßig erklärt wird. Mevius[41]) läßt die Klage zu „ex aequitate et utilitatis gratia", obwohl er zugiebt, daß sie „jure" nicht begründet sei. Bei Strube[42]) findet sich ein entsprechendes Erkenntniß der hannoverschen Justizcanzlei

---

37) S. Abschn. III. S. 49 flg. —

38) Vergl. Vangerow, Leitfaden, neueste Aufl. Bd. 3. S. 386.

39) Vergl. Pfeiffer, pract. Ausführungen, Bd. 4. S. 154, der zu demselben Resultat kommt.

40) Medit. spec. 494. m. 2.

41) Op. posth. XLIV. No. 98. — ad jus Lubec. L. I. tit. VI. a[rt.] No. 58.

42) Rechtl. Bedenken, Bd. 1. Bed. 178.

vom Jahre 1760. Dieser Ansicht folgen ferner: Berger, Haubold[43]), Höpfner[44]) und, wenigstens für den Fall der Insolvenz des Schuldners Dion. Gothofredus[45]) und Lauterbach[46]). Auch selbst der Verfasser des Anm. 36 angezogenen Aufsatzes in der Allg. Jurist. Zeitung will den Gläubigern, sobald der Empfänger dem Geschenkgeber die Bezahlung der Schulden versprochen, eine utilis actio zubilligen. Indessen konnte es bei den so bestimmten Aussprüchen des römischen Rechts doch nicht an solchen fehlen, die sich streng an den Buchstaben desselben hielten. A. Faber war es, der mit seinem error septimus und seinem Codex[47]) dieser Richtung die Bahn brach. Ihm folgen, indem sie Faber als ihren Gewährsmann nennen: Carpzow[48]), Mevius[49]), der hier mit sich selbst in Widerspruch geräth, Hert[50]), Kind[51]) u. A. Diese Rechtslehrer polemisiren freilich mit Recht gegen die Art der Begründung der bekämpften Meinung, daß der donatarius omnium bonorum heredis loco sei, welcher Satz Leyser zu der seltsamen Consequenz getrieben hat, daß er auch für diejenigen Schulden haften müsse, welche der Geschenkgeber später gemacht habe, übrigens dient ihr Auftreten nur zur Bestätigung der vorhandenen Praxis, indem sie, namentlich Faber und Carpzow, bekennen, daß sie die gemeine Meinung gegen sich haben, wie denn namentlich letzterer bemerkt, daß die Zulässigkeit der Klage bei Schenkungen auf den Todesfall nach sächsischer Praxis keinem Zweifel unterliege. Voet hat auch hier die Wahrheit getroffen, indem er sich deutlich dessen bewußt ist, daß es sich um einen vom römischen Recht abweichenden eigenthümlichen Grundsatz handele. Bemerkenswerth ist übrigens in Ansehung dieser Controverse, daß beide Theile gleichmäßig die oben abgedruckte lex Mulier für sich anzuführen pflegen, indem die Einen das deducere aes alienum im römischen Sinne nehmen, während die Anderen stillschweigend den modernen Begriff des Ueberganges der Schulden unter-

---

43) Berger, Oecon. jur. ed. Haubold. Lib. II. tit. II. th. 28. not. r.
44) Commentar §. 410. Anm. 3.
45) Ad leg. 15. C. de donat. (8, 54) not. y.
46) Collegium Pand. lib. 39. tit. 5. §. 30.
47) Error. Pragm. dec. 48. error 7. — in Cod. lib. 8. tit. 16. def. 5.
48) Defin. p. II. c. 12. def. 28—30. — p. III. c. 1. def. 38.
49) Decis. p. V. dec. 272, 273. Vergl. Anm. 28 u. 41.
50) Resp. Vol. I. r. 113. No. 5. — r. 251. No. 4. —
51) Quaest. for. tom. IV. c. 34.

schieben [52]). — Das preußische Recht hat besondere Bestimmungen über die Schenkung des gesammten Vermögens nicht, indeß läßt man in der Praxis die directe Klage zu [53]).

3. Vitalitien-Contract.

Ein Leibrentenvertrag, vermittelst dessen das ganze Vermögen gegen die Rente abgetreten wird, ist in Betreff der Stellung der Gläubiger von keiner anderen Wirkung, als die Schenkung des ganzen Vermögens, nur daß die Gläubiger wenigstens die dem ursprünglichen Schuldner gehörige Rente angreifen können. Man sollte daher meinen, daß die Beurtheilung in beiden Fällen dieselbe sein müsse. Indeß tritt hier der wichtige Umstand ein, daß sich hinsichtlich eines solchen Leibrenten- oder Vitalitienvertrages keine Aussprüche in den Quellen des römischen Rechts vorfinden. Es konnte daher auch kein A. Faber auftreten und mit Berufung auf ausdrückliche Gesetze die Praxis, welche die Klage der Gläubiger gegen den Rentengeber zuließ, als irrthümlich bezeichnen. Die ganze Lehre wurde später, als ein deutsches Institut betreffend, den Germanisten überwiesen und so herrscht denn in Bezug auf dieses Rechtsgeschäft eine wohl vollständige Uebereinstimmung über die Zulässigkeit der Klage [54]). Selbst Holzschuher, der die Praxis in Ansehung des Erbschaftskaufes bedenklich findet [55]) und hinsichtlich der Schenkung des ganzen Vermögens sich nicht bestimmt ausspricht [56]), steht nicht an, die Klage hier zu gestatten [57]).

Das Allg. Preuß. Landrecht enthält keine Bestimmungen über diesen Gegenstand. Dagegen verordnet der §. 19 des Anhangs zu demselben (bei §. 646. Th. I. Tit. 11.): „vielmehr gilt für diesen Fall der Grundsatz, daß unter Vermögen nur dasjenige, was nach Abzug der Schulden übrig bleibt, verstanden werden kann.“ Durch diese, die bei Nr. 2 abgedruckten Stellen des römischen Rechts in Uebersetzung

---

52) Vergl. Abschn. II. S. 16, 38. —
53) Koch, preuß. Priv. R. Bd. 2. S. 267. —
54) Mittermaier, D. Pr. R., 6. Ausg. §. 301. Bd. 2. S. 81. — Gründler, Polemik des german. Rechts, 1833, Bd. 2. S. 167. — Westphal, Deutsches Privatrecht, Leipzig 1783, Bd. 2. S. 328, woselbst ein einschlagendes Meklenburger Erkenntniß mitgetheilt ist.
55) Theorie u. Casuistik, Bd. 2a. S. 782. Nr. 1.
56) Das. Bd. 2b. S. 388. Anm. x. und 2a. S. 488. Nr. 7.
57) Das. Bd. 2b. S. 667. Nr. 6.

wiedergebende Bestimmung war, wie dort schon ausgeführt worden, eigentlich nichts entschieden. Indeß giebt die Entstehungsgeschichte derselben Aufschluß über die zu Grunde liegende Meinung. Die Clevmärkische Regierung war über die zu treffende Entscheidung in einem Prozesse zwischen einem Gläubiger und dem Rentengeber in Zweifel und fragte bei der Gesetzcommission an und zwar hinsichtlich eines vor Emanation des Landrechts abgeschlossenen Contractes. Es wurde in der Anfrage bemerkt, daß das römische Recht keine Entscheidung enthalte, daß es jedoch in der Natur der Sache gegründet zu sein scheine, daß der, welcher ein ganzes Vermögen übernehme, auch die dazu gehörigen Passiva übernehmen müsse. Die Gesetzcommission entschied unterm 11. Januar 1796[58]) dahin: „daß derjenige, welchem ein ganzes Vermögen durch einen Vitalitien- oder Alimenten-Contract übertragen worden, für alle vorher contrahirten Schulden desjenigen, von welchem er das ganze Vermögen erhält, insofern haften müsse, als dieses Vermögen zur Bezahlung der Schulden hinreiche." Es wird hinzugefügt, daß diese Vorschrift auch in Ansehung späterer Fälle Anwendung finden müsse. Hieraus ist der §. 19 des Anhanges hervorgegangen, weshalb ihn auch die Praxis[59]) im Sinne der Gesetzcommission aufgefaßt hat, so namentlich das Obertribunal in dem Erkenntniß v. 26. April 1841[60]). Es ergiebt sich aus der Fassung und Entstehungsgeschichte des §. 19 die Richtigkeit der oben bei Nr. 2 gemachten Bemerkung, daß der römische Grundsatz bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno in der Praxis so aufgefaßt worden, als bedeute er den Uebergang der Schulden auf den Singular-Successor. —

Bisher sind diejenigen Rechtsgeschäfte abgehandelt, bei denen der Uebergang der Schulden eine von selbst eintretende Folge der Uebertragung eines ganzen Vermögens ist, es folgen nun solche Fälle, welche eine eigends auf die Uebernahme einer bestimmten Schuld gerichtete Willenserklärung voraussetzen. Die hierbei vorzuführenden Zeugnisse der Praxis sind zum Theil von der Art, daß das zu Grunde liegende

---

58) Rabe, Samml. III. S. 228—231. — Stengel, Beiträge, Bd. II. S. 280.

59) Bornemann, Darstellung des Preuß. Civilrechts, Bd. III. S. 264. — Koch, Recht der Forderungen, Bd. III. S. 706, desgl. Lehrbuch des Pr. Civilrechts, Bd. II. S. 417.

60) Entscheidungen, Bd. VII. S. 67 flg., bes. S. 74.

Rechtsgeschäft sich nicht mehr mit Sicherheit erkennen läßt und mit diesen soll der Anfang gemacht werden.

4. Uebernahme einer Schuld überhaupt.

Es ist schon mehrfach darauf hingewiesen, daß es sehr gewöhnlich war und noch ist [61]), die Uebernahme als Delegation anzusehen. Schon dieser Umstand allein scheint zu genügen, um die hier aufgestellte Behauptung, daß die Praxis die directe Klage zugelassen habe, zu widerlegen, denn die Delegation erfordert, daß der Delegat (Uebernehmer) zu dem Delegatar (Gläubiger) in ein persönliches Verhältniß trete und diesem ein Zahlungsversprechen leiste. Indessen die Kunst der Juristen, das römische Recht, wo es nicht paßte, passend zu machen, wußte auch hier zu helfen. Wenn die Delegation in Deutschland den Character eines Consensualcontractes hat, so kann sie, schloß man, auch stillschweigend abgeschlossen werden, und wo Thatsachen, aus denen ein stillschweigend abgeschlossener Vertrag abgenommen werden könnte, fehlten, glaubte man unter gewissen Umständen vermuthen zu können, daß dies geschehen sei [62]). Wenn man demnach auch daran festhielt: sine delegatione non est contra debitorem debitoris actio, so stellte man andererseits doch den Satz auf: si creditor debitori suo mandat, ut alii nomine ejus solvat, creditorque id acceptet, delegatio inducta censetur [63]). Das Erforderniß des Accepts Seitens des Gläubigers scheint nun noch im Wege zu stehen, allein es stellt sich dies als leere Phrase heraus, wenn man erwägt, daß dieser Accept nicht allein in jeder Verhandlung des Gläubigers mit dem Uebernehmer, namentlich in jeder Zahlungsannahme, auch nach Ablauf von Jahren [64]), sondern auch schon in der bloßen Anstellung der Klage [65]) gefunden wurde. Hierin liegt factisch die Zulassung der directen Klage und es läßt sich um so weniger daran zweifeln, daß die Praxis die Sache so genommen hat,

61) Abschn. II. Anm. 20. S. 23. — Abschn. IV. S. 58.

62) S. Abschn. IV. Anm. 6. S. 58.

63) Mev. Decis. p. II. dec. 241. Note 7 u. 9.

64) Das. p. II. dec. 141.

65) I. H. Berger, Discept. for. Suppl. p. I. tit. 34. No. IV. not. 4. Hic quamvis non acceptarit, inde tamen recte agit, cum agendo acceptare intelligatur. — Simon u. Strampff, Rechtssprüche der preuß. Gerichtshöfe, Bd. 1. S. 16 u. 118. — Strippelmann, Sammlung der Entscheidungen des O. App. G. zu Cassel, Th. 5. S. 41. —

als man es nicht einmal der Mühe werth gehalten hat, Erkenntnisse dieser Art aufzubewahren, während die Juristen allerdings stutzig wurden, wenn in Bezug auf die Befreiung des Delegaten Consequenzen gezogen wurden, so daß hierüber gestritten wurde[65a]).

Ein anderes Mittel zur Ermöglichung der Klage war die Annahme einer stillschweigenden Cession. Der Erfinder scheint Benevenutus Stracha gewesen zu sein, indem er den Satz aufstellt, si tu promittis mihi quod dabis Titio perinde est, ac si facerem Titium meum procuratorem ad recipiendum, oder: procurator censetur a me Titius constitutus, si tu promiseris mihi te daturum eidem, quod meum erat vel mihi debitum[66]). Mevius theilt ein entsprechendes Erkenntniß des vormaligen Tribunals zu Wismar von 1661 unter der Ueberschrift mit: ex pacto, ut debitor meus solvat creditori meo vel alii mei caussa, huic actio est[67]). Zur Begründung des Satzes wird auf „pulchre et subtiliter scripta apud Stracch." verwiesen und gesagt: duplex mandatum contrahi, alterum cum debitore, ut solvat nominato, alterum cum eo, cui solvendum ex tali pacto cessis seu mandatis *tacite* actionibus. Unde ipse velut in rem suam procurator est et exinde utilem actionem exercet. Cumque hoc sic inter alios servetur, tum maxime servabitur qua mercatorem, adversus quem non attenditur, quod ex juris apicibus proficiscitur, sed *ex aequo et bono* proceditur. Man fühlte also wohl, daß es eine eigene Bewandtniß mit der Sache habe und daß im Grunde das natürliche Rechtsgefühl letzte Entscheidungsquelle sei, weshalb denn auch als Hauptmotiv geltend gemacht wird, daß das Geschäft sonst gar keinen Effect haben würde. Diese Auffassung hat sich bis auf den heutigen Tag in der Praxis hie und da erhalten[68]). Sieht man sich dieselbe näher an, so ist man im Unklaren darüber, was als Gegenstand der Cession gedacht wird. Soll der Gläubiger seine Forderung an den Schuldner oder des Schuldners Forderung an den Uebernehmer einklagen? Meint man letzteres, so

65a) S. oben S. 58.

66) Straccha, tract. de Adjecto. p. IV. qu. 7. No. 4.

67) Decis. p. VIII. dec. 439, 440.

68) Strippelmann, Entscheidungen, Th. 5. S. 22. — Fein, Beiträge zu der Lehre von der Novation und Delegation, S. 24 u. S. 47. Anm. — Löwenberg, Motive, Bd. 1. S. 315. — Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, Bd. 3. S. 39. — Aehnlich ist die Auffassung Bornemann's, preuß. Civilrecht, Bd. II. S. 421. Ausg. 1, welche er später aufgegeben hat.

ist man in Verlegenheit, wo man mit der Forderung des Gläubigers an den Schuldner bleiben soll. Dieselbe kann unmöglich ohne Zuziehung des Gläubigers beseitigt werden, namentlich nicht, wenn man, wie Fein will, eine Angabe an Zahlungsstatt hineinlegt, welche eben zwischen Gläubiger und Schuldner zu verhandeln ist. Wahrscheinlich gelten den Anhängern dieser Lehre Forderung und Schuld nicht als individuell bestimmte Rechtsobjecte, sondern es genügt zu wissen, daß der Gläubiger eine gewisse Summe gleichviel aus welchem Grunde von dem Uebernehmer zu fordern hat. Das Wunderbarste bei dieser stillschweigenden Cession ist jedenfalls, daß sie erfolgt nicht zwischen Cedent und Cessionar, sondern zwischen Cedent und Schuldner.

Eine fernere Rechtfertigung der Klage fand man in der Annahme eines Vertrages zu Gunsten eines Dritten. Auf diese gangbarste Ansicht wird unten bei Nr. 9 näher eingegangen werden.

Schließlich sei hier auf ein Erkenntniß bei Hert[69]), in dessen Gründen die Zulässigkeit der Klage ohne weitere Motivirung angenommen wird, und darauf hingewiesen, daß in Concursen wohl stets die übernommenen Schulden zu den Passivis gezählt und die betreffenden Liquidationen ohne Anstand zugelassen sind, sowie daß Pfand- und Hypothekenschuldner ohne Vorbehalt verurtheilt zu werden pflegen, auch wenn die Schuld eine übernommene ist, obwohl das Pfandrecht allein nur den Werth des Grundstückes umfaßt[70]).

5. Uebernahme bei Gelegenheit eines Leibzuchtsvertrages und im Fall der ehelichen Gütergemeinschaft.

Hier haben wir es mit Instituten zu thun, bei denen die Unbefangenheit der deutschen Auffassung durch das Herantreten des römischen Rechts nicht beeinträchtigt worden. Es gilt daher auch als eine ausgemachte Sache, daß der Gutsannehmer hinsichtlich derjenigen Schulden, die er ausdrücklich übernommen, oder hinsichtlich aller bis zur Abtretung aufgelaufenen Schulden, falls er die Wirthschaft „mit Schuld und Unschuld", „mit Lust und Last" übernommen, direct von den Gläubigern belangt werden könne[71]), wie sehr auch über die Natur

69) Resp. Vol. II. dec. 610. No. 3: „weilen der Beklagte (Uebernehmer) wegen der Frau Creditricin nicht sicher wäre."

70) Schuster, Zwei Abhandlungen, S. 155 u. 156.

71) Mittermaier, Priv. R. 6. Ausg. §. 290. Note 24. — Pfeiffer, practische Ausführungen, Bd. 4. S. 152. — Bd. 8. S. 337—339. — Arns-

dieses Vertrages und über die nicht hierher gehörige Frage in Betreff der Abfindungen der Geschwister gestritten wird.

Was die eheliche Gütergemeinschaft betrifft, so ist es ebenso unzweifelhaft, daß der Gläubiger wegen der vorehelichen Schulden eine von dem ursprünglichen Schuldner verschiedene Person belangen kann, als es zweifelhaft ist, wer als der neue Schuldner angesehen werden muß [72].

6. Uebernahme bei Gelegenheit eines Vergleichs.

L. 3. pr. D. de transact. (2, 15). Transactione, quae inter heredem et matrem defuncti facta est, neque testamentum rescissum videri potest, neque manumissis vel legatariis actiones suae ademtae. Quare quidquid ex testamento petunt, scriptum heredem convenire debent, qui in transactione hereditatis aut cavit sibi pro oneribus hereditatis, aut si non cavit, non debet negligentiam suam ad alienam injuriam referre.

Hiermit vergleiche man folgendes Responsum der Wittenberger Facultät von 1716 [73]: „zumahlen der Herr in dem getroffenen Vergleich des Defuncti Schulden zu bezahlen übernommen, also es das Ansehn gewinnet, daß er ex pacto dazu verbunden und die creditores daraus fundatam intentionem (licet ipsi non simul contraxerint) haben . . . . im übrigen der Herr nicht alle, sondern nur gewisse spezifizirte Schulden zu bezahlen versprochen, folglich der . . . halber, deren in solcher Spezifikation keine Meldung geschehen, nicht in Anspruch genommen werden mag"; ferner ein Erkenntniß des vormaligen Tribunals zu Wismar von 1653 [74]), in welchem es heißt, der Gläubiger habe die Wahl, ob er die Agnaten oder die Erben des letzten Besitzers belangen wolle, „etsi etiam receperit agnatus solutionem debiti, tamen si non consensit creditor, non liberatur heres". Das Bremische Ritterrecht von 1575, auf welches der Rechtsfall sich bezieht, bestimmt nämlich Tit. II., daß die Töchter und Schwestern des letzten Besitzers den Agnaten die Stammgüter gegen eine billige Entschädigung und gegen

berger Archiv von Ulrich, Sommer und Böhle, Bd. 5. S. 355: Nie hat man in der Praxis Zweifel darüber gehegt, daß die Gläubiger, wenn der neue Colon alle Schulden übernahm, ohne Weiteres gegen denselben klagen konnten. — Zeitschrift für deutsches Recht von Reyscher u. Wilda, Bd. 8. S. 18, 19. — Beseler, Erbverträge, II, 2. S. 203. —

72) Vergl. Abschnitt II. lit. a. Nr. 7. S. 38. —

73) Wernher, Sel. Observ. p. V. obs. 55.

74) Mevius, Decis. p. I. dec. 32.

Uebernahme der Schulden des Verstorbenen („jedoch alle Schulden zuvorn gekürzet und abgezogen") herauszugeben haben. Dieser Vertrag also, der in Betreff der Höhe der Entschädigung gewisser Maaßen die Natur eines Vergleichs hat, soll auch den nicht zugezogenen Gläubiger berechtigen zur Klage gegen den Singularsuccessor.

7. Uebernahme bei Gelegenheit einer Erbtheilung.

L. 69. §. 2. D. de leg. I. (30). Si testator quosdam ex heredibus jusserit aes alienum solvere, non creditores habebunt adversus eos actionem, sed coheredes, quorum interest hoc fieri. — L. 20. §§. 3, 5 u. 8. D. fam. ercisc. (10, 2). — L. 34. §. 3. D. de leg. III. (32, 1) — L. 7. §. 3. D. de liber. leg. (34, 3). —

L. 23. C. fam. ercisc. (3, 36). Licet pacto divisionis adversus singulos actio pro hereditariis portionibus creditori parata mutari non possit, tamen ad exhibendam fidem his, quae convenerant, stipulationis et juris adhibito remedio qui placitum excedit, urgeri potest, quum et hoc omisso, si non contrarium convenisse probaretur, praescriptis verbis conveniri potuisset. — L. 40. §. 2. D. de pact. (2, 14). — L. 26. C. de pact. (2, 3). — L. 3. D. fam. ercisc. (10, 2).

Nach diesen Aussprüchen der Quellen gewinnt der Gläubiger, wenn einem der Miterben vom Erblasser eine Schuld überwiesen ist, oder wenn ein Miterbe eine Schuld bei der Erbtheilung übernommen hat, keine Klage gegen diesen Miterben. Dagegen erklärt Voet[75]), nachdem er dies Ergebniß für das römische Recht anerkannt hat: quod tamen *moribus nostris* ad evitandas litium ambages ac multiplicationem mutatum ajunt, creditoribus *ex aequitate* concedentes facultatem in solidum conveniendi illum, quem defunctus testamento vel pacto aut coheredes conventione mutua, in solidum voluerunt gravatum. Lambertus Goris adversar. tract. 3. cap. 3. num. 1 et seq. Groenewegen ad l. 69. §. 2. D. de leg. I. Ihm stimmen bei: Stryk[76]), Hellfeld[77]) und sogar Mühlenbruch[78]). Bei anderen Schriftstellern[79])

75) Comment. tom. II. lib. X. tit. II. No. 27.

76) Us. med. Pand. tom. I. lib. X. tit. II. §. 10.

77) Jurisprud. for. §. 732.

78) Pandekten, Th. III. §. 723. Note 10.

79) Hommel, rhaps. quaest. vol. VI. obs. 783. — Strube, rechtliche Bedenken, Bd. 5. Bed. 31. S. 59. — Hertius, Resp. Vol. II. dec. 888. — Mevius, Decis. p. VII. dec. 10. —

findet sich die Frage erörtert, ob die Miterben desjenigen, der die Schuld übernommen, dadurch dem Gläubiger gegenüber befreit würden, eine Frage, die, wenn die Berechtigung des Gläubigers zur Klage gegen den Uebernehmer nicht vorausgesetzt würde, schwerlich aufgeworfen wäre. Wenn im Fall der ehelichen Gütergemeinschaft der Ueberlebende mit den Kindern in der Art Erbschichtung hält, daß er den Nachlaß bekömmt und sämmtliche Schulden übernimmt, so ist in der Praxis nicht daran gezweifelt, daß der Gläubiger den Ueberlebenden auf das Ganze belangen könne.

8. Uebernahme beim Ankauf einer Handlung oder beim Eintritt in ein Handelsgeschäft als neuer Gesellschafter.

Abschnitt II. lit. a. S. 39 ist ausgeführt worden, daß eine Kaufmannshandlung keineswegs ein derartig in sich abgeschlossenes Ganze bilde, wie ein Vermögen überhaupt, und daß deshalb der Erwerb einer Handlung nicht von selbst die Uebernahme der dazu gehörigen Schulden mit sich führe. Es kann daher hier nur von den Schulden die Rede sein, welche der Erwerber wirklich übernommen hat. Daß nun von dem Gläubiger in einem solchen Falle der neue Inhaber der Handlung oder der neue Gesellschafter ohne Weiteres in Anspruch genommen werden könne, ist ein Satz, der in der Meinung des handeltreibenden Publikums als Axiom gelten möchte und in der Praxis schwerlich jemals bezweifelt ist. Daß diejenigen den Grundsatz anerkennen, welche die Firma als das eigentliche Rechtssubject betrachten, versteht sich von selbst, aber auch selbst der Verfasser des Aufsatzes in der Themis von Elvers[80]), der mit so großem Eifer und so vielem Geschick die fragliche Auffassung hinsichtlich der Firma bekämpft hat, erklärt ausdrücklich, daß er bei seiner Polemik nur den Fall im Auge habe, wenn die Schulden nicht übernommen seien, und fügt hinzu: „daß übrigens auch in dem Falle, wo jemand eine Handlung fortsetzt und die Liquidation des vorhandenen Activum und Passivum ausdrücklich übernimmt, die Gläubiger, wenn sie nicht wollen, sich dieses nicht gefallen zu lassen brauchen, vielmehr an ihren ursprünglichen Schuldner sich nach wie vor halten können, braucht hier wohl kaum bemerkt zu werden". Er muß also wohl annehmen, daß die Gläubiger, wenn sie wollen, berechtigt sind, den Uebernehmer direct zu verklagen.

---

80) Bd. 1. S. 520. S. 521. Anm. 27.

Wie nun aber, wenn die Uebernahme der Schulden nicht stattgefunden hat? Nach den im zweiten Abschnitt gegebenen Ausführungen ist alsdann weder der neue Inhaber der Handlung noch der neue Gesellschafter als Nachfolger des Schuldners ganz oder auf seinen Antheil anzusehen, man muß daher, so scheint es, dem Gläubiger die Klage gegen jene versagen. Gleichwohl steht die Sache, was auch die neuere Theorie[81]) dagegen sagen mag, anders, wie sich durch unverwerfliche Zeugnisse darthun läßt.

Zunächst ist es eine alte Wahrheit, daß jede irrthümliche Ansicht, die sich Verbreitung zu verschaffen weiß, einen guten Kern in sich bergen müsse. Man wird daher von vorn herein zugeben, daß der Handelsgebrauch in dieser Materie eine Besonderheit geschaffen haben müsse, weil sonst die Lehre von der Persönlichkeit der Firma gar nicht hätte hervortreten und Einfluß auf die Praxis gewinnen können. Daß letzteres der Fall ist, beweist das Erkenntniß des kurhessischen Oberappellationsgerichts vom 12. April 1824[82]): „In Erwägung, daß, wenn eine Handlung unter einer gewissen Firma betrieben wird, diese selbst als das eigentliche Rechtssubject hinsichtlich aller Namens der Handlung eingegangenen Rechtsgeschäfte anzusehen ist, und daß alle aus dergleichen Geschäften entstandene Rechte und Verbindlichkeiten auf den Uebernehmer einer solchen Handlung übergehen, daß es mithin gar nicht darauf ankommt, ob der appellatische Cridar bereits vor der Contrahirung der hier eingeklagten Darlehen als Theilhaber die von seinem Vater betriebene Wechselhandlung übernommen hatte". Aber auch ganz unabhängig von dieser Theorie findet sich der Grundsatz, um den es sich hier handelt, ausgesprochen.

Hamburger Fallitenordnung von 1753, Art. 64. §§. 1 und 2[83]): „Tritt jemand in eine schon vorhin etablirt gewesene Handlung als neuer Compagnon ein, es sey, daß vorhero mehrere Handlungssocii gewesen sind, oder einer die Handlung allein geführt hat; so sollen die neuen Compagnons drey Monate vor Antretung der neuen Compagnie den creditoribus der alten Societät oder Handlung hiervon gebührende

---

81) Thoel, Handelsrecht, Th. 1. S. 129 und die Abschnitt II. Anm. 68 citirten Schriftsteller. — Holzschuher, Theorie und Kasuistik, Bd. 3. S. 830, will wenigstens die Exekution in das Handlungsvermögen zulassen.

82) Elvers Themis, B. 1. S. 66, 67; vergl. auch v. Hartitzsch, Entscheidungen, Nr. 210.

83) Abgedruckt bei Tabor, Beitrag, S. 17, 18.

Nachricht ertheilen, damit dieselben sich danach richten, und von der alten Compagnie oder dem ersten Schuldner, ihre Schulden einfordern können, und ist alsdann der neue Compagnon die vor seinem Antritt gemachten Schulden mit zu bezahlen nicht pflichtig .... Wird aber diese nothwendige Vorsicht verabsäumt, so ist der neue Compagnon, die alten Schulden als selbstgemachte mit zu tragen, verbunden."

In Hamburg, diesem wichtigsten der deutschen Handelsplätze, ist es denn auch, zufolge einer zuverlässigen Privatmittheilung, „allgemeine Rechtsansicht der Handels- und Juristenwelt, daß derjenige, der das Recht hat, eine Firma zu zeichnen, auch ohne Weiteres für die Passiva derselben haftet und mit einer directen Klage in Anspruch genommen werden kann, welche Ansicht zu einer völlig bewußten Rechtsüberzeugung auch der Laien geworden ist, in der Art etwa, wie jeder Kaufmann weiß, daß er an einem Wechsel fest ist, wenn er seinen Namen auf denselben setzt".

Ein Parere der Handelskammer zu Frankfurt a. M. vom 23. Nov. 1824[84]) erklärt: „Die unterzeichnete Handelskammer, in Erwägung aller neben angeführten Umstände, ist des Dafürhaltens, daß wenn C ohne weiteren öffentlichen Vorbehalt, sey es durch Circulare oder sonsten, in die Gesellschaft mit A und B getreten ist, er unbedingt für alle, auf dieser Handlung ruhenden Verbindlichkeiten mithaftet, indem hierbei vorausgesetzt wird, daß er entweder vorher mit solchen bekannt war, oder sich davon hätte Kenntniß verschaffen sollen; weshalb denn B und C ohne Unterschied, als Fortsetzer der Handlung, oder als Liquidanten, solidarisch für die fragliche, auf der Handlung bestandene Gewährleistung, verbindlich sind. — Könnte C hingegen beweisen, daß bei seinem Eintritt in die Handlung, durch Circulare oder sonsten öffentliche Anzeige, kund gegeben worden wäre, daß A und B die Regulirung aller offenen Rechnungen allein übernommen, so könnte sich D keineswegs an C halten, sondern wäre mit seinen Ansprüchen lediglich an A und B zu verweisen."

Endlich heißt es in dem Erkenntniß des Lübecker Oberappellationsgerichts vom 15. Juni 1846[85]): „Wenn jemand mittelst ordnungsmäßigen Börsenanschlags ohne allen Vorbehalt und ohne Veranstaltung

84) Abgedruckt bei Tabor, Beitrag rc. S. 23.

85) Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, Bd. 2. S. 235. —

einer Liquidation mit den bisherigen Gläubigern in eine schon bestehende Handlung mit unveränderter Beibehaltung der bisherigen Firma eintritt . . . ist jedermann berechtigt anzunehmen, daß der neue Compagnon, sowie er an allen Activis der Handlung Theil hat, auch an den Passivis derselben Theil nehmen wolle oder müsse"; wobei bemerkt wird, daß es sich in dem fraglichen Falle um Rückzahlung eines vor dem Eintritt des Compagnons contrahirten Darlehns handelte.

Hiernach ist man vollkommen berechtigt, folgenden Grundsatz als eine Besonderheit des Handelsrechts hinzustellen: wer das Recht erlangt, eine schon vorher bestehende Firma zu zeichnen oder mitzuzeichnen, haftet dem Gläubiger, wenn er nicht zur Zeit der Erlangung dieses Rechts das Gegentheil öffentlich erklärt hat, auch für diejenigen Schulden, mit denen die Firma schon vorher belastet gewesen.

Es fragt sich nun, wie dieser Satz wissenschaftlich zu erklären ist? Die Antwort ist, wir haben es mit einer Fiction zu thun, deren Nothwendigkeit in den besonderen Bedürfnissen des kaufmännischen Verkehrs ihren Grund hat. Der Uebergang von Schulden kann außer dem Falle der Universalsuccession nur durch Uebernahme vermittelt werden, dem Gläubiger gegenüber aber gilt der Zeichner einer Firma unter den bemerkten Umständen als Uebernehmer, obwohl er es nicht ist, wenigstens nicht immer ist. Diese Fiction hat aber keine Gültigkeit dem ursprünglichen Schuldner gegenüber, eben weil hier kein practisches Bedürfniß zu derselben vorhanden ist; letzterer hat daher stets nachzuweisen, daß der Gegner die Schuld ganz oder auf seinen Antheil übernommen habe, wozu allerdings sehr häufig concludente Handlungen desselben genügen werden, widrigenfalls er entweder seinerseits keinen Ersatz verlangen oder aber umgekehrt dem Gegner Ersatz zu gewähren verpflichtet ist, falls dieser dem Gläubiger hat zahlen müssen. Es fehlt übrigens hierfür nicht an Analogieen, so z. E. geht der, dem eine Erbschaft deferirt worden, wenn er die Deliberationsfrist ohne sich zu erklären verstreichen läßt, des Rechts zur Antretung der Erbschaft verlustig, gleichwohl wird er den Gläubigern und Legataren gegenüber als Erbe angesehen und muß ihnen gerecht werden[86]).

Die Fiction der Uebernahme ist, wie sich von selbst versteht und aus den oben angeführten Zeugnissen der Praxis hervorgeht, durch den

86) Puchta, Pandekten, 5. Aufl. §. 498. —

Handelsgebrauch nur zu dem Zweck eingeführt, um dem Gläubiger unter allen Umständen eine Klage gegen den Erwerber des Geschäfts oder den neuen Gesellschafter zu verschaffen, beruht also auf der unzweifelhaften Voraussetzung, daß diese Klage im Fall einer wirklich vorgekommenen Uebernahme Platz greifen werde. Somit ist die Zulässigkeit der directen Klage gegen den Uebernehmer als eine feste Rechtsüberzeugung der Handelswelt anzusehen. —

Das preußische Recht enthält keine Bestimmungen über diese Fragen. —

9. Uebernahme in Abrechnung auf das Kaufgeld.

Wir kommen hiermit zu dem häufigsten, fast täglich vorkommenden Falle der Uebernahme fremder Schulden. Auch hier fehlt es nicht an Zeugnissen der Praxis. Berger[87]) theilt zwei Erkenntnisse von 1687 und 1708 mit, in welchen die directe Klage für zulässig erklärt ist. In den Gründen des ersteren heißt es: „daß also Laube diese auf dem ihme erkaufften Hause hafftende Schuld per constitutum zu bezahlen über sich genommen. Ob nun zwar bei angezogenem Kaufkontract und dessen Vertrag zur Konfirmation wegen der Illgeschen Wittwe (Gläubigerin) niemand gegenwärtig gewesen, der die von Lauben geschehene Agnition acceptiret, auch die Jura wollen, quod nemo alteri regulariter stipulari possit, so leidet doch diese Rechtsregul viel Abfälle . . . gestalt auch . . . zu distinguiren ist inter actionem acquirendam sive novam et jam acquisitam." In einem Gutachten der Greifswalder Facultät[88]), welches ebenfalls die Klage anerkennt, wird namentlich der letztere Grund hervorgehoben, daß der Gläubiger nur das Seinige fordere. Hommel[89]) theilt ein Erkenntniß mit, dahin lautend: „dieweil Beklagte dadurch, daß sie die Hypothek als einen Theil unbezahlter Kaufgelder übernommen, nichts anderes, als daß sie an ihres Verkäufers Stelle Klägern bezahlen wolle, zu erkennen gegeben, solchemnach aber sie sich auch für ihre Person verbindlich gemacht," 2c. und fügt erläuternd hinzu: quia jure germanico stipulari tertio licet, duplicem emtrix in se obligationem susceperat, ex mutuo personalem, ex pignore realem. . . . si in partem pretii non soluti hypothecam suscepisset, eo

87) Discept. for. Suppl. p. II. tit. 34. No. 4. praej. 2 u. 4.
88) Consult. Colleg. Jctor. Acad. Gryphisw. Resp. XV. No. 28 u. 37.
89) Rhaps. quaest. Vol. V. obs. 606.

ipso se creditori etiam personaliter obligasse, cum venditoris hocce debitum in quali et quanto in se susceperit . . . Es ist bemerkenswerth, einmal, daß das Erkenntniß selbst den Grund: quia stipulari tertio licet nicht enthält, und daß somit das Gericht die Sache als eine sich von selbst verstehende angesehen zu haben scheint, sodann, daß hier zum erstenmal der jetzt so gangbare Ausdruck: eine Schuld in partem pretii non soluti übernehmen[90]), vorkommt und endlich, daß im Eingange der observatio das Geschäft so bezeichnet wird: „mulier domum ita emerat, ut creditori satisfaceret". Es ergiebt sich hieraus, daß beide Wendungen als gleichbedeutend gelten, und daß bei der gegenwärtigen Beweisführung mit Recht alle Rechtsfälle, welche das zu Grunde liegende Geschäft in der letzteren Art bezeichnen, als Fälle der Uebernahme angesehen worden sind. Auch unsere heutigen Juristen gebrauchen beide Wendungen in gleichem Sinne[91]), wobei freilich übersehen wird, daß zwischen der einfachen Uebernahme und der mit dem Versprechen der Bezahlung des Gläubigers verbundenen Uebernahme allerdings ein Unterschied stattfindet[92]). Daß diese ältere Praxis bis in die neueste Zeit hinein sich unverändert erhalten hat, ergiebt sich aus den von Strippelmann[93]) mitgetheilten Erkenntnissen des kurhessischen Oberappellationsgerichts aus den Jahren 1825, 1835, 1836 und 1844, welche ebenfalls durch die Annahme, daß aus Verträgen zum Vortheil eines Dritten diesem eine Klage erwachse, motivirt sind.

Was den Werth dieses berühmten und berüchtigten Entscheidungsgrundes betrifft, so kann eine längere Auseinandersetzung durch Verweisung auf eine so eben erschienene Schrift von Buchka[94]) erspart werden, welcher zu folgendem Resultat gelangt. Der Stipulant kann nur dann ein Recht auf die Leistung an einen Dritten erwerben, wenn dieselbe für ihn ein pecuniäres Interesse hat oder den Gegenstand einer

---

90) Vergl. Mev. Decis. p. II. dec. 131: in contractu emtionis convenerat, ut emtor loco pretii liberaret venditorem ab aere alieno, quo alias obnoxius fuit.

91) Savigny, System, Bd. 4. S. 137, 138 verb.: . . . „die Annahme, daß sich der Empfänger stillschweigend verpflichtet habe, alle Schulden zu bezahlen" . . . „jene stillschweigende Uebernahme der Schulden" . . . —

92) Abschnitt III. S. 49 flg.

93) Entscheidungen, Bd. 5. S. 13, 14 u. 42. Nr. 10; s. auch Seuffert, Archiv für Entscheidungen ꝛc., Bd. 3. S. 39. —

94) Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, von Dr. Herrmann Buchka. Rostock u. Schwerin 1852.

concreten sittlichen Pflicht bildet. Der Dritte kann ein Recht nur durch Cession erwerben. Wo ein obligatorisches Verhältniß zwischen dem Dritten und dem Stipulanten besteht, in Folge dessen der letztere zur Abtretung an den ersteren verpflichtet ist, wird dieser auch vermöge stillschweigender Cession zur Klage legitimirt (S. 192—194). Ganz verschieden hiervon ist der Fall, da der Stipulant nicht in eigenem Namen, sondern als Vertreter des Dritten contrahirt. Alsdann wird das Forderungsrecht unmittelbar dem Prinzipal erworben, ohne vorher in das Vermögen des Stellvertreters überzugehen, indem ersterer als der eigentliche Contrahent gilt (S. 202 flg.). Hierbei wird aber ein Verhältniß der Repräsentation zwischen beiden vorausgesetzt; die Geschäftsführung ohne Auftrag hat im Falle der nachfolgenden Genehmigung dieselben Wirkungen, wie das Mandat (S. 210). Diese Genehmigung kann auch noch nach dem Tode des Geschäftsführers erklärt werden (S. 211). Soweit Buchka. Machen wir von diesen Grundsätzen Anwendung auf unseren Fall, so ergiebt sich, daß auf diese Weise die Klage des Gläubigers gegen den Käufer und Uebernehmer nicht gerechtfertigt werden kann. Denn was zunächst die Geschäftsführung ohne Auftrag betrifft, so wird vorausgesetzt, daß es ein fremdes Geschäft sei, welches den Gegenstand des Vertrages bildet. Der Kaufvertrag aber, um dessen Abschließung es sich handelt, ist ein Geschäft des Verkäufers, nicht des Gläubigers, die Uebernahme insbesondere vertritt die Stelle der Baarzahlung, und die Art der Zahlung der Kaufgelder ist eine Sache, welche den Gläubiger nicht im entferntesten berührt; der dadurch bewirkte Uebergang der Schuld ist ebenfalls ohne Einfluß auf die Stellung des Gläubigers dem Schuldner gegenüber, welcher nach wie vor verhaftet bleibt. Gesetzt, der Käufer verspricht neben der Uebernahme außerdem noch, in einer gewissen Zeit Zahlung an den Gläubiger leisten zu wollen, so wird dieses Versprechen, abgesehen davon, daß es an sich nur einen zufälligen Bestandtheil des Geschäfts ausmacht[95]), dem Verkäufer in dessen Interesse ertheilt, es fehlt also jedenfalls das zweite Erforderniß der Geschäftsführung ohne Auftrag, nämlich die Absicht des Geschäftsführers, dem Geschäftsherrn ein Recht erwerben zu wollen. Indeß ist der Fall nicht gerade undenkbar, daß der Verkäufer die Zahlung an den Gläubiger nicht blos seinetwegen, sondern auch mit der Absicht, dem Gläubiger vielleicht in Ansehung der

95) Abschnitt II. S. 19.

Zahlungszeit oder sonst einen Vortheil zuwenden zu wollen, sich ertheilen läßt. Da nun das Geschäft zugleich ein eigenes und ein fremdes sein kann[96]), so würde alsdann im Falle der nachfolgenden Genehmigung allerdings dem Gläubiger durch Vertretung Seitens des Verkäufers ein Recht erworben werden[97]). Ob der Verkäufer eine solche Absicht gehabt hat, ist in jedem einzelnen Falle eine thatsächliche Frage, für deren Bejahung keineswegs irgend eine Vermuthung streitet, so daß ein besonderer Nachweis erforderlich ist. Jedenfalls kann der Verkäufer in Bezug auf die Uebernahme als solche nicht als Geschäftsführer des Gläubigers angesehen werden. — In Ansehung der stillschweigenden Cession kann lediglich auf das, was oben S. 77 flg. gesagt worden, Bezug genommen werden, mit dem Hinzufügen, daß jedenfalls das obligatorische Verhältniß zwischen Verkäufer und Gläubiger, vermöge dessen ersterer zur Cession verpflichtet wäre, fehlt. —

Im Gebiete des preußischen Landrechts hat unsere Frage zu einer interessanten Entwicklung, zum Einschreiten der Gesetzgebung und zu einer reichhaltigen Literatur Veranlassung gegeben. Das Obertribunal hat ohne Zweifel vor Einführung des Landrechts die directe Klage zugelassen, denn es ist uns ein Zeugniß darüber aufbewahrt[98]), daß es dem Grundsatz, nach welchem aus dem Vertrage zu Gunsten eines Dritten dem letzteren ein Klagerecht erwächst, gehuldigt hat. Da das Landrecht Th. I. Tit. 5. §§. 74, 75 u. 153 diesen Grundsatz nicht aufgenommen hat, so hätte man erwarten sollen, daß das Obertribunal auch den Folgesatz nicht länger aufrecht halten würde. Allein so stark war das Rechtsgefühl über die Zulässigkeit und Nothwendigkeit der directen Klage, daß die Praxis gleichwohl dieselbe blieb. In der That ist es auch sehr zweifelhaft, wie die Redactoren des Landrechts, obwohl sie das Recht des Dritten verwarfen, diese spezielle Frage, wenn sie ihnen zur Entscheidung vorgelegt wäre, aufgefaßt haben würden[99]).

96) L. 6. §. 4. D. de neg. gest. (3, 5). — A. L. R. Th. I. Tit. 13. §. 258 flg.

97) Nach Preuß. Recht steht §. 88. Th. I. Tit. 5 des A. L. R. entgegen.

98) S. das Erkenntniß bei Hymmen, Beiträge, Bd. 3. S. 39. —

99) Allg. Ger.-Ordnung Th. I. Tit. 50. §. 392; Tit. 51. §. 37. — Th. II. Tit. 3. §. 11. — Allg. Landrecht Th. I. Tit. 16. §. 357; Tit. 19. §. 3. Vergl. auch Corp. jur. Frideric. 1781. p. IV. tit. XII. §. 54. . . . „insofern das hypothek. Recht nicht etwa von einem vorhergehenden Besitzer des Grundstücks constituirt und von dem Gemeinschuldner nur übernommen worden, indem solchenfalls wegen des Ausfalls kein Anspruch an die Kreditmasse stattfindet.“; s. auch das. §. 81

Das Obertribunal hat sich in zwei uns aufbewahrten Erkenntnissen für die Zulässigkeit der directen Klage ausgesprochen; in dem ersteren vom 5. Febr. 1816[100]) heißt es schlechtweg: „wer bei einem Gutskauf seines Verkäufers Personalschuld in locum pretii übernimmt, der tritt dadurch in dessen persönliche Verbindlichkeit." Es wird hinzugefügt, daß schon in der Anstellung der Klage der Beitritt des Gläubigers zum Kaufkontracte liege, und daß letzterer durchaus nicht als ein Vertrag zum Vortheil eines Dritten aufzufassen sei. In dem anderen Erkenntniß vom 14. März 1826[101]) wird schon spezieller auf das Rechtsverhältniß eingegangen, indem man eine Expromission in der Uebernahme zu finden und hierdurch die Klage rechtfertigen zu können glaubt[102]), indeß ist herauszufühlen, wie die Erwägung, daß eine „ganz unnütze Vervielfältigung der Prozesse" eintreten werde, wenn man den Gläubiger an den persönlichen Schuldner verweisen wollte, von bestimmenden Einfluß gewesen. Erst in den dreißiger Jahren, als die Restauration des römischen Rechts und die historische Schule ihre größten Triumphe gerade in Berlin feierte, und gebildete preußische Geschäftsmänner in diese Strömung hineingerissen waren, wurde das Obertribunal in eine andere Bahn gedrängt. In dem Erkenntniß vom 15. August 1833[103]) wird die directe Klage verworfen und ausgeführt, daß der Gläubiger sich an den persönlichen Schuldner halten müsse, da die bloße Uebernahme in partem pretii keine persönliche Verbindlichkeit begründe. Noch vor Publikation dieses Urtheils durch die Presse erschien im Jahre 1834 eine Abhandlung des Geheimen Oberrevisionsraths Oswald[104]), in welcher die Frage in demselben Sinne ausführlicher besprochen worden. Der Verfasser erkennt an, daß die ältere Praxis der „Volksansicht" entspreche (S. 266), daß diese durch die Gesetzgebung halbwegs sanctionirt sei (S. 267), daß die Zuziehung der Gläubiger bei Kaufverträgen unthunlich sei, indem es soviel heiße, als dem Verkehr mit Grundstücken entsagen, wenn man den Eigenthumswechsel von der Einwilligung der

---

und das Rescr. vom 10. Nov. 1788 im nov. corp. constit. Marchicar. t. VIII. No. 84. S. 2303. —

100) Simon und von Strampff, Rechtssprüche, Bd. 1. S. 116 flg.; vergl. auch Bielitz, Commentar zum A. L. R., Nachtrag, Heft 1. S. 72. —

101) Das. S. 16.

102) Eine Widerlegung dieser Auffassung vom Standpunkte des preußischen Rechts s. bei Löwenberg, Beiträge rc., Bd. 1. S. 313. —

103) Simon und von Strampff, Rechtssprüche, Bd. 3. S. 166. —

104) Simon und von Strampff, Zeitschrift, Bd. 2. S. 262 flg.

Gläubiger abhängig machen wolle (S. 263), daß eine Cession der Rechte des Käufers an den Gläubiger juristisch unmöglich sei (S. 281), und daß kein anderer Ausweg bleibe, als daß der Gläubiger den persönlichen Schuldner in Anspruch nehme und dieser sich wegen der Entschädigung an den Käufer regressire. — Diese neue Auffassung scheint jedoch auf lebhaften Widerstand gestoßen zu sein, indem man sich bereits im folgenden Jahre zum gesetzlichen Einschreiten veranlaßt sah. Die schon mehrfach erwähnte Declaration vom 21. März 1835 lautet vollständig:

Um die Zweifel zu beseitigen, welche bei Auslegung des §. 54. Tit. 20. Thl. I. des Allgemeinen Landrechts darüber entstanden sind, ob bei Erwerbung einer unbeweglichen Sache die Uebernahme der darauf haftenden Pfand- und Hypothekenschulden zugleich eine persönliche Verpflichtung gegen die Gläubiger in sich schließe, verordnen Wir auf den Antrag Unseres Staatsministeriums und nach erfordertem Gutachten Unseres Staatsraths, wie folget:

§. 1. Wer durch speziellen Rechtstitel eine mit Pfand- oder Hypothekenschulden belastete unbewegliche Sache erwirbt, und dabei erklärt, daß er diese Schulden mit übernehme, wird durch eine solche Uebernahme allein dem Gläubiger persönlich nicht verpflichtet, vielmehr bedarf es zu dieser Verpflichtung eines besonderen Vertrages zwischen dem Erwerber und dem Gläubiger.

§. 2. Auch dadurch entsteht eine persönliche Verpflichtung nicht, daß der Erwerber dem Gläubiger auf eine solche Pfand- oder Hypothekenschuld Zinsen oder einen Theil des Kapitals bezahlt.

§. 3. Wenn jedoch der Erwerber nicht blos die Pfand- oder Hypothekenschulden übernimmt, sondern außerdem zu deren Tilgung sich persönlich verpflichtet, so ist der Veräußerer befugt, seinen Anspruch aus diesem Versprechen den Gläubigern abzutreten.

§. 4. Richter und Notare, welche bei der Aufnahme oder Anerkennung eines Veräußerungsvertrages amtlich mitwirken, sind verbunden, alle aus dem Hypothekenbuche ersichtlichen Gläubiger von der erfolgten Veräußerung in Kenntniß zu setzen. Wie diese Benachrichtigung erfolgen soll, wird Unser Justizminister durch eine besondere Instruktion verordnen.

§. 5. Auf nothwendige Subhastationen findet die gegenwärtige Verordnung keine Anwendung. Der Adjudikatar haftet vielmehr für sein Gebot mit seiner Person und seinem ganzen Vermögen. (G. S. pro 1835. S. 43, 44.)

Es wird kaum noch ein Beispiel einer so unpractischen und so rein doctrinären Gesetzgebung aufzufinden sein. Um eines eingebildeten Prinzips willen stellt der Gesetzgeber, der „Volksansicht" entgegen, einen Grundsatz auf, der den Verkehr so tief zu verwunden droht, daß man sich genöthigt sieht, eine Concession zu machen und, während man dem Gläubiger mit der einen Hand die Klage nimmt, ihm mit der anderen Hand ein künstliches, noch dazu völlig unjuristisches Hülfs- und Heilmittel darzubieten. Schon der Umstand, daß man den Richtern und Notaren eine ganz ungewöhnliche und seltsame Verpflichtung im §. 4 auferlegen mußte, hätte dem Gesetzgeber einen Wink geben können, daß das Prinzip des Gesetzes ein verkehrtes sei. Es hängt sich denn auch an seine Spur eine große Zahl von Controversen[105]), deren Erörterung hier kein Interesse hat. Das preußische Recht der Uebernahme, so weit es durch diese Declaration bestimmt wird, ist einer wissenschaftlichen Entwicklung nicht fähig. Jedenfalls wird der preußische Richter das Prinzip des Gesetzes nicht in größerer Ausdehnung zur Anwendung bringen dürfen, als es der Buchstabe desselben vorschreibt. Die Klage ist also nicht ausgeschlossen, wenn eine bewegliche Sache Gegenstand des Kaufs ist, wenn Schulden, die von einem Pfandrecht nicht begleitet sind, übernommen werden, und wenn eine Uebernahme von Hypotheken- oder anderen Schulden außer dem Falle des Kaufs vorkommt. Denn es ist nur ein spezieller Satz festgestellt, nicht die irrige Doctrin, aus der er entsprang.

Es ist schon oben angedeutet, daß dieser gesetzgeberische Act in naher Beziehung zur Restauration des römischen Rechts steht. Wenn dies schon aus der Sache selbst hervorgeht, so liegt noch eine besondere Bestätigung darin, daß jene unglücklich erfundene Cession sich bei Savigny[106]) wieder findet. Indeß würde es doch immer noch von großem Interesse sein, die innere und äußere Entstehungsgeschichte der Declaration näher kennen zu lernen. Bei Löwenberg[107]) finden sich nur die Gründe für und wider erörtert nebst der Bemerkung, daß die entgegengesetzte Ansicht nicht ohne Vertreter gewesen, und daß ausdrücklich der Vorbehalt gemacht sei, es solle der weiteren Prüfung der

---

105) Ergänzungen zum A. L. R. Th. I. Tit. 20. §§. 53, 54. Ausg. 3. S. 453—464. Suppl.-Bd. S. 224.

106) System des röm. Rechts, Bd. 4. S. 138.

107) Beiträge, 1. Bd. S. 309 flg.

Sache bei der allgemeinen Gesetzrevision nicht vorgegriffen werden. (S. 329, 330.) In Bezug auf ein anderes, Abschn. IV. Anm. 17 erwähntes Gesetz, die Declaration vom 3. April 1824, hat das Justizministerium Documente veröffentlicht, welche zu einer interessanten Vergleichung Veranlassung geben. Auch damals handelte es sich um den Kampf zwischen römischem Obligationenrecht und dem modernen Begriff der Forderung, ob nämlich anzunehmen, daß der Gutseigenthümer, wenn er ohne die Forderung im Hypothekenbuche löschen zu lassen, an den Gläubiger zahle, die Absicht gehabt, das obligatorische Verhältniß durch Zahlung aufzulösen oder vielmehr die Forderung zu kaufen. Die vereinigte, aus 8 Mitgliedern, unter welchen v. Savigny, bestehende Abtheilung für die Justiz und das Innere konnte sich über diese Frage nicht einigen. Die Stimmen standen in gleicher Zahl einander gegenüber. Bei der Berathung im Plenum des Staatsraths entschied man sich, und zwar mit 37 gegen 2 Stimmen für das moderne Prinzip des Forderungskaufs, da es „nicht sowohl auf das römische Recht, als auf die preußische Gesetzgebung und die bestehende Hypothekenverfassung ankomme und den Grundbesitzern die Gelegenheit, sich das nöthige Betriebscapital zu verschaffen, zu sehr erschwert sein würde, wenn sie über die gezahlte Hypothekenforderung nicht anderweitig sollten verfügen können[108])." Im Jahre 1824 also siegte in Preußen noch die deutsche und practische Auffassung, im Jahre 1835 mußte sie dem restaurirten römischen Rechte erliegen. —

Fassen wir nun die Ergebnisse der in Bezug auf die Praxis angestellten Musterung zusammen.

I. Die Praxis ist eine allgemeine, unter den verschiedensten Verhältnissen und zu allen Zeiten wiederkehrende. Dies ist um so bemerkenswerther, als die Singular-Succession in Schulden, wie sie bei den einzelnen Rechtsinstituten vorkömmt, niemals in unserer Rechtswissenschaft unter einen gemeinsamen Gesichtspunkt gebracht ist. Der betreffende Rechtssatz hat sich vielmehr bei jedem Rechtsverhältniß selbständig und ohne Rücksicht auf verwandte Fälle festgestellt. Daher ist denn auch die Begründung sehr verschiedenartig. Beim Vitalitiencontract, bei der Leibzucht, im Ehe- und Handelsrecht (Nr. 3, 5 und 8), also in Gebieten, welche dem deutschen Recht angehören, gilt die directe

108) v. Kamptz, Jahrbücher, Bd. 50. (Heft 99.) S. 177 flg., besonders S. 181 flg. u. S. 205. —

Klage als eine Sache, die sich von selbst versteht, als ein Satz, der auf der Rechtsüberzeugung des Volks beruhet und deshalb keiner Begründung bedarf. Beim Erbschaftskauf, der Schenkung des ganzen Vermögens und der Erbtheilung (Nr. 1, 2 und 7) ist die Rechtswissenschaft darüber zum vollen Bewußtsein gekommen, daß das moderne Recht vom römischen abweiche, man beruft sich auf das jus germanicum, auf mores nostri und die simplicitas hodierni juris. Beim Vergleich, Kauf und in ähnlichen Fällen (Nr. 4, 6 und 9) werden Gründe geltend gemacht, deren Triftigkeit zwar nicht anerkannt werden kann, die aber sämmtlich das Eigenthümliche haben, daß sie mit einer wirklichen oder angeblichen Abänderung des römischen Rechts durch neuere Rechtsansicht in Verbindung stehen; hierher gehören: die über die Schranken des römischen Rechts hinausgehende Zulassung der s. g. stillschweigenden Cession, die Modernisirung der Delegation und der Grundsatz von der Wirksamkeit der stipulatio pro tertio. Demnach kann keine Rede davon sein, die Zulassung der directen Klage als eine Folge eines selbständig in Umlauf gekommenen theoretischen Irrthums darzustellen, etwa als eine Folge der falschen Lehre von den Verträgen zu Gunsten Dritter. Wäre dies der Fall, so würden wir immer und überall dieselbe Begründung finden. Die Sache steht vielmehr umgekehrt. Der Rechtssatz lebte im Volke und im Rechtsgefühl der Richter, welche, um ihn gegen das Andrängen römischer Categorien zu schützen, bald diesen bald jenen Grund erfanden oder herbeizogen. Wenn wir jetzt das Schiefe dieser Gründe einsehen, so folgt daraus nicht, daß wir den Rechtssatz umzustoßen, sondern daß wir ihn tiefer zu begründen haben, wie dies im Eingange dieses Abschnittes versucht worden. Durch nähere Beleuchtung der Praxis ist mithin festgestellt: einestheils, daß das, was die Natur der Sache ergeben, als geltendes Recht sich in Uebung befindet, anderntheils, daß das Institut, dessen Lebenskraft in der directen Klage wurzelt, dem deutschen Recht angehört.

II. Die Praxis ist nicht bei allen Punkten eine unbestrittene, vielmehr giebt es auch ältere Praktiker, welche beim Erbschaftskauf, bei der Schenkung des ganzen Vermögens und im Falle der Erbtheilung (Nr. 1, 2 und 7) die directe Klage verwerfen. Allein grade hier finden sich ausdrückliche Bestimmungen in den Quellen des römischen Rechts, welche der Zulassung entgegenstehen und es kann nicht verwundern, wenn, wie so häufig, auch hier der Buchstabe des geschriebenen Rechts

den Sieg über das Rechtsgefühl bei einzelnen Schriftstellern davon getragen hat. Im Gegentheil, es ist der Umstand, daß die deutsche Auffassung auch nur bei einem Theile sich gegen die stricten Bestimmungen des corpus juris hat erhalten können, ein um so stärkerer Beweis für die Lebensfähigkeit des Rechtssatzes. Der Widerspruch dieser Rechtslehrer verliert aber um so mehr an Bedeutung, wenn man sieht, wie Zufälligkeiten eingewirkt haben. Mevius, der die directe Klage ganz im Allgemeinen und in mehreren speziellen Anwendungen (Nr. 1 und 4) lebhaft vertheidigt, läßt sich durch die Auctorität des A. Faber bestimmen, sie im Falle der Schenkung des ganzen Vermögens für unzuläßig zu erklären (Nr. 2); Stryk, der die Klage zuläßt im Falle der Erbtheilung (Nr. 7), glaubt sie im Falle des Erbschaftskaufes (Nr. 1) verweigern zu müssen. Ja, fast sämmtliche dissentirende Schriftsteller, unter diesen auch A. Faber, erkennen die Gültigkeit der Stipulation zu Gunsten eines Dritten an[109]), ein Grundsatz, welcher auch im Falle der Uebertragung eines ganzen Vermögens genügen würde zur Rechtfertigung der Klage, da es gleichgültig sein muß, ob der Uebernahmevertrag in Bezug auf eine einzelne Schuld oder in Bezug auf alle zu einem Vermögen gehörigen Schulden, ob er ausdrücklich oder stillschweigend abgeschlossen wird[110]).

III. Unter den aufgeführten Juristen sind es hauptsächlich die Holländer, welche die Klage nicht nur statuiren, sondern auch ganz bestimmt aussprechen, daß es sich um eine Abänderung des römischen Rechts durch neuere Rechtssitte dabei handelt (Nr. 1, 2 und 7). Diese Wahrnehmung ist von Interesse im Zusammenhalt mit dem, was Abschnitt II. S. 31 über oversettingh bemerkt worden.

IV. Das preußische Landrecht und die preußische Gerichtspraxis haben überall, wo die Frage zur Sprache gebracht, mit Ausnahme des neuerlichen Einschreitens der Gesetzgebung dem deutschen Element Rechnung getragen. (Nr. 1, 2, 3, 5 [Anm. 71] und 9.) Aber auch selbst diese Gesetzgebung hat, wie hier bemerkt werden mag, der Zeitrichtung sich nicht ganz entziehen können. Das preußische Eisenbahngesetz vom

---

109) Buchka, Lehre von der Stellvertretung rc., S. 158, Anm. 17.

110) Diese Inconsequenzen sind traditionell geworden. In Betreff Holzschuher's s. oben Anm. 55—57. Vergl. außerdem C. F. Koch, Recht der Forderungen, Bd. II. S. 505. III. S. 675, 706, 180. —

3. November 1838 (G. S. S. 505) bestimmt im §. 42 für den Fall des Ankaufs einer Bahn Seitens des Staats unter 4 b: „Die Schulden der Gesellschaft werden ebenfalls vom Staate übernommen und in gleicher Weise, wie dies der Gesellschaft obgelegen haben würde, aus der Staatskasse berichtigt." Oder könnte der Gesetzgeber gemeint haben, die Gläubiger sollten nur die bereits aufgelöste Gesellschaft in Anspruch nehmen dürfen?

Sechster Abschnitt.

Verhältniss zwischen Gläubiger und Uebernehmer im Uebrigen.

I. Einreden, Vorrechte, Repliken. Man hat gemeint, aus dem Begriffe der Succession folge, daß die Einreden verloren gingen und die Gesetzbücher seien inconsequent, wenn sie einerseits den Uebergang der Forderungen der Substanz nach annehmen und andererseits die alten Einreden zuließen [1]). Allein eine Forderung oder Schuld ist nicht ein Abstractum, sondern eine individuell bestimmte, concrete Sache. Diese Individualität bestimmt sich theils durch den Grund der Forderung, theils durch die in Folge späterer Handlungen oder Verhandlungen hinzutretenden Modificationen. Einreden also, sofern sie überhaupt auf den Nachfolger übergehen, sind nicht für sich bestehende Rechte des Schuldners, welche einen besonderen Bestandtheil seines Vermögens ausmachten, sondern Qualitäten der Schuld, sie sind, wie schon der römische Jurist sich ausdrückt, rei cohaerentes [2]). Der Uebernehmer nimmt nun eine fremde Schuld in sein Passivvermögen auf, jedoch ohne Neuerung oder Veränderung der Individualität derselben. Hieraus folgt als leitender Grundsatz, daß einerseits zwar der Gläubiger durch die Uebernahme nicht in eine schlechtere Lage versetzt werden darf, daß aber auch andererseits dem Uebernehmer alle Befugnisse zukommen, welche dem Schuldner hinsichtlich der übernommenen Schuld zustanden. Es ist dies derselbe Grundsatz, der auch in Ansehung der Cession gilt, und es bedarf, indem auf das entsprechende Capitel jener

1) Koch, Uebergang der Forderungsrechte, S. 31, 38, 190 u. 349.

2) L. 7. D. de exc. (44, 1).

Lehre verwiesen wird [3]), nur kurzer Andeutungen darüber, wie sich die Anwendung hier gestaltet:

1) Alle Einreden, welche dem Schuldner zur Zeit der Uebernahme zustanden, kommen auch dem Uebernehmer zu, mit Ausnahme derjenigen, welche rein prozessualischer Natur sind. Auch die exceptio doli und exceptio pacti de non petendo gehen auf ihn über. Das beneficium competentiae, sofern es sich auf ein persönliches Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner gründet, kann dem Uebernehmer aus der Person des Schuldners nicht zur Seite stehen, da nicht das Vermögen des Uebernehmers, sondern das des Schuldners den Ausschlag geben müßte und es ganz ungewiß ist, zu welcher Zeit der Gläubiger vom Schuldner, falls die Uebernahme nicht stattgefunden hätte, Zahlung verlangt haben würde [4]). Der sonstigen Privilegien des Schuldners kann sich der Uebernehmer bedienen, sofern sie nicht rein prozessualischer Natur sind und sofern sie schon vor der Uebernahme mit der Schuld in eine gewisse Verbindung getreten sind. War z. E. Fiscus Schuldner, so kommen dem Uebernehmer die Privilegien desselben in Ansehung der gesetzlichen Zinsen [5]) zu statten, jedoch nur für die Zeit bis zur Uebernahme. — 2) Der Uebernehmer kann sich seiner eigenen persönlichen Vorrechte auch hinsichtlich der übernommenen Schuld bedienen, ausgenommen, wenn das Gegentheil des Vorrechts bereits Qualität derselben geworden [6]). — 3) Dem Gläubiger kommen Repliken aus der Person des Schuldners zu, sofern sie mit den Einreden aus dessen Person zusammenhängen, auch kann er von den ihm überhaupt zukommenden Vorrechten gegen den Uebernehmer Gebrauch machen.

Es kann sein, daß der Uebernehmer aus dem der Uebernahme zu Grunde liegenden Geschäft, z. E. aus einem Kauf, Einreden gegen den Schuldner und Verkäufer hat, diese Einreden aber kann er gegen den Gläubiger nicht geltend machen, weil der Grund der Uebernahme ein dem Gläubiger ganz fremdes Geschäft ist. Die Annahme des Gegen=

---

3) Für das gemeine Recht s. Vangerow, Leitfaden, neueste Aufl. Bd. 3. S. 116 flg. — Für das preuß. Recht, Koch, preuß. Privatrecht, Bd. 2. S. 144.

4) L. 51. §. 1. D. de proc. (3, 3): defensor mariti in amplius, quam maritus facere possit, non est condemnandus — kann kein Bedenken erregen, da der defensor keineswegs immer procurator in rem suam ist, vergl. Anh. I.

5) L. 17. §. 5. D. de us. (22, 1).

6) L. 17. §. 5. cit. Fiscus in suis contractibus usuras non dat. . . . . cum autem in locum privati successit, etiam dare solet. —

theils[7]) beruhet auf einer ganz verkehrten Auffassung des Rechtverhältnisses.

Einer besonderen Erwähnung verdient der Fall, wenn jemand ein ganzes Vermögen oder eine Erbschaft mit den dazu gehörigen Schulden erwirbt und sich demnächst herausstellt, daß die Activa von den Passivis überstiegen werden. Das hieraus entstehende Verhältniß zwischen Schuldner und Uebernehmer gehört, wie schon Abschn. III. S. 49 bemerkt worden, nicht in diese Lehre, anders steht es aber in Betreff der Gläubiger, da sie durch den Grund der Uebernahme gar nicht berührt werden. Wir finden über die Frage, ob der Erwerber des Vermögens über die Kräfte desselben hinaus hafte, wenig und das Wenige meist ziemlich verworren vorgetragen, indem sie mit der Frage, ob überall die Gläubiger eine Klage gegen den Vermögenserwerber haben, vermengt wird. Voet[8]) ist der Ansicht, daß derjenige, der ein ganzes Vermögen geschenkt erhalten unter der Bedingung der Schuldenübernahme, hafte, etiamsi forte damnosa magis quam lucrosa donatio ex eventu appareat. Die preußische Gesetzcommission spricht in dem schon erwähnten Beschluß vom 11. Januar 1796[9]) für das gemeine und preußische Recht den Grundsatz aus, daß derjenige, welchem ein ganzes Vermögen durch einen Vitalitien-Contract übertragen worden, für die Schuld insofern haften müsse, als dieses Vermögen zur Bezahlung derselben hinreiche. — Man muß, um zu einer sachgemäßen Entscheidung der Frage in ihrer Allgemeinheit zu gelangen, sich vergegenwärtigen, daß der, welcher ein Vermögen oder eine Erbschaft durch Vertrag unter Lebenden an sich bringt, nicht Universal-Successor des Veräußerers ist. Hieraus folgt, daß jede einzelne zum Complex gehörige Sache als speziell tradirt, jede Forderung als speziell cedirt und jede Schuld als speziell übernommen anzusehen ist, wenn auch die Contrahenten der

---

7) Berger, Discept. for. Suppl. p. II. tit. 34. No. IV. p. 4. — Schuster, zwei Abhandlungen, S. 125, 137, 139. — Motive des neuen bürgerlichen Gesetzbuchs in Preußen, s. Ergänzungen zum A. L. R., 3. Ausg. Bd. 2. S. 458. zu §. 53 u. 54. Th. I. Tit. 20. lit. D. S. dagegen: A. L. R. Th. I. Tit. 16. §. 370: Ein Käufer, welcher das Kaufgeld zur Bezahlung gewisser Schulden des Verkäufers anzuwenden versprochen hat, kann zum Nachtheile dieser Gläubiger mit anderen Forderungen an den Verkäufer nicht compensiren.

8) Comment. tom. 5. lib. 39. tit. 5. No. 20.

9) Rabe, Sammlung, Bd. III. S. 231. Ebenso Westphal, deutsches Privatrecht, Leipzig 1783, Bd. 2. S. 328. —

Kürze halber diese an sich verschiedenen Acte in einen zusammen gezogen haben[10]). Hieraus folgt wieder, daß jede einzelne übernommene Schuld zu dem erworbenen Complex in keiner näheren Beziehung steht, als zu dem sonstigen Vermögen des Uebernehmers. Als Grundsatz muß also hingestellt werden: der Uebernehmer ist dem Gläubiger gegenüber nicht berechtigt, den Umstand geltend zu machen, daß die Passiva mehr betragen, als die Activa des erworbenen Complexes Eine Ausnahme tritt ein, wenn eine Erbschaft Gegenstand des Vertrages war und der Veräußerer seinerseits das beneficium inventarii erlangt hatte, in welchem Falle natürlich der Erwerber nicht schlechter stehen kann, als der Veräußerer, da ihm ja nach den oben besprochenen Grundsätzen alle Einreden des letzteren zukommen. Dies gilt namentlich vom Erbschaftskauf[11]). —

II. Agnition. Mittelst der Agnition erkennt der Uebernehmer an und zwar dem Gläubiger gegenüber, daß von nun an nicht der ursprüngliche Contrahent, sondern er, der Uebernehmer, Schuldner sei, oder mit anderen Worten, daß die Schuld in sein Passivvermögen übergegangen sei. Der Gläubiger erhält auf authentische Weise hierdurch Kenntniß von dem Uebergange der Schuld und zwar Seitens derjenigen Person, von welcher er künftig Zahlung an Zinsen und möglicher Weise auch des Capitals erhalten soll. Durch Annahme dieser Agnition wird, wie im IV. Abschnitt gezeigt worden, in den Rechten des Gläubigers gegen den Schuldner juristisch nichts geändert, aber factisch wird dies in der Regel zur Befreiung des Schuldners führen, entweder dadurch, daß der Gläubiger dem Credite des Uebernehmers folgend auf sein persönliches Recht verzichtet oder insofern als er vom Uebernehmer befriedigt wird und keine Veranlassung findet, den Schuldner in Anspruch zu nehmen. — Die Agnition pflegt unter das über die Forderung lautende Document gesetzt oder besonders ausgestellt zu werden, sie kann aber auch stillschweigend erfolgen, so namentlich, wenn der Uebernehmer Zins- oder Abschlagszahlungen an den Gläubiger leistet, wobei freilich nach den Umständen des gegebenen Falles zu ermessen ist, in welchem Sinne sie gezahlt worden. Man hat gemeint, daß wenn der Uebernehmer zugleich Besitzer der verpfändeten

---

10) Hasse über universitas iuris et rerum im Archiv für civil. Praxis, Bd. 5. S. 30, 31. —

11) Allg. preuß. Landrecht I. 11. §. 454, 456. —

Sache sei, die Zahlung eben so gut lediglich in der Absicht geschehen sein könne, die Pfandklage abzuwehren [12]). Daß dies Verhältniß vorkommen kann, ist nicht zu leugnen, indeß wird man doch, wenn jemand bei Erlangung des Besitzes einer Sache die darauf ruhende Schuld übernimmt, im Zweifel anzunehmen berechtigt sein, daß er übernommen, weil er Besitzer geworden, und daß er gezahlt habe, weil er übernommen. — Was die Wirkungen der Agnition betrifft, so ist oben S. 77 ausgeführt, daß sie nicht als Grund der Forderung gelten kann, jedoch hat sie anderweite wichtige Folgen. Sie ist ein Anerkenntniß, und dieses kann sich beziehen entweder blos auf den Act der Uebernahme oder auch auf die Existenz der übernommenen Schuld oder endlich auch auf die Liquidität derselben, d. h. auf Nichtvorhandensein von Einreden. Welcher dieser drei Grade des Anerkenntnisses in jedem Falle vorliegt, ist eine Frage thatsächlicher Natur, im Allgemeinen läßt sich nur Folgendes sagen. Ist die Schuld ausdrücklich als eine zweifelhafte übernommen und agnoscirt, dann versteht es sich, daß die Agnition lediglich auf den Uebergang der Schuld, auf die Passivlegitimation sich bezieht, in allen anderen Fällen dagegen wird man anzunehmen berechtigt sein, daß auch die Schuld als ihrem Grunde nach vorhanden hat anerkannt sein sollen. Indessen ist zu beachten, daß jedes außergerichtliche Zugeständniß durch den Beweis des Gegentheils entkräftet werden kann [13]). Der Uebernehmer ist also z. E. berechtigt, nachzuweisen, daß die übernommene und agnoscirte Schuld simulirt gewesen. Was den dritten Grad, also den Verzicht auf Einreden betrifft, so unterliegt es zwar keinem Zweifel, daß ein solcher Verzicht auch stillschweigend erklärt werden kann [14]), indessen werden die Umstände des gegebenen Falles sorgfältig zu erwägen sein [15]); ist z. E. die Agnition auf eine bestimmte Schuld speziell gerichtet und wurde eine Zahlung durch Uebernahme derselben geleistet, so wird man, da augenscheinlich Schuldner und Uebernehmer die Schuld als liquide betrachtet haben,

12) Löwenberg, Motive, Bd. 1. S. 321.

13) Savigny, System, Bd. 3. S. 386, 387. — Heffter, Civilprozeß, §. 226. (2. Ausg.)

14) Göschen, Vorlesungen, Bd. I. S. 319. — Allg. Preuß. Landrecht, Th. I. Tit. 16. §. 382.

15) Wegen der verwandten Streitfrage rücksichtlich des debitor cessus s. Mühlenbruch, Cession, S. 511. §. 50. Nr. 2. und Koch, Uebergang der Forderungsrechte, S. 190.

im Zweifel den Verzicht annehmen können. Dabei ist jedoch nicht zu übersehen, daß dieser Verzicht den Charakter eines generellen hat und daß solcher auf Rechte oder Einwendungen, an welche der Entsagende nicht gedacht hat, keineswegs bezogen werden darf[16]).

Zu ganz anderen Resultaten kömmt man freilich, wenn man in der Agnition einen obligatorischen Vertrag und speziell die zum Abschluß kommende Delegation sieht. Denn der Delegat ist, da die neue Obligation von der alten unabhängig ist, schlechthin nicht berechtigt, dem Delegatar Einreden, die aus dem früheren Schuldverhältniß zwischen Delegatar und Delegat herrühren, entgegenzusetzen, nur wenn der Delegatar nichts aufgeopfert hat, also wenn ihm der Delegant schenkte oder auf eine vermeintliche, in der That nicht begründete Forderung durch Delegation Zahlung leistete, kann der Delegat dem Delegatar die Einrede entgegensetzen, daß er dem Deleganten zu nichts verbunden gewesen sei[17]). Daß diese Grundsätze auf das Verhältniß der Uebernahme keine Anwendung finden können, leuchtet ohne Weiteres ein.

III. Verträge zwischen Gläubiger und Uebernehmer in Betreff der Schuld. Es ist gezeigt worden, daß in Betreff des Grundes der Forderung ein obligatorisches Verhältniß zwischen Gläubiger und Uebernehmer nicht stattfindet und nicht stattfinden kann, es fragt sich daher, von welchem Gesichtspunkte Verabredungen zwischen ihnen über Zinsfuß, Kündigungsfrist und sonstige Modalitäten zu betrachten sind. Dergleichen Abreden sind unbedingt Verträge und es tritt die Schwierigkeit entgegen, wie es möglich sein soll, daß hinsichtlich der Schuld selbst kein Vertragsverhältniß, hinsichtlich des Zinsfußes aber oder der Kündigungsfrist ein solches dennoch besteht. Das Bedenken verschwindet durch folgende Betrachtung. Wenn der Eigenthümer seiner Sache eine veränderte Gestalt geben will, so bedarf er hierzu der Genehmigung eines Dritten nicht, wenn aber eine Forderung beziehungsweise Schuld Modificationen ihrer Individualität annehmen soll, so kann dies nur in derselben Weise geschehen, in welcher die Schuld selbst entstanden ist, d. h. durch Uebereinkunft der beiden be-

---

16) Holzschuher, Theorie u. Casuistik, Bd. 1. S. 131. Nr. 25. Nach preuß. Recht ist er wirkungslos. Th. I. Tit. 5. §. 193 flg.

17) Savigny, System, Bd. 4. S. 598. Anm. b. — Koch, l. c. S. 324. — Thoel, Handelsrecht, §. 131. Bd. 1. — Fein, Beiträge, S. 39 flg.

theiligten Personen. Dergleichen Verträge erzeugen also kein selbständiges obligatorisches Verhältniß, sondern sie sind nur der Weg, auf welchem die Gestalt der Forderung verändert werden kann, das Erzeugniß derselben ist unmittelbar eine neue Qualität der Schuld, nicht aber ein persönliches Verhältniß.

IV. Priorität. Wenn die übernommene Forderung mit einem Vorzugsrecht im Concurse versehen ist, so fragt sich, ob es auf einem Pfandrecht, gesetzlichem oder vertragsmäßigem, privilegirtem oder einfachem beruhet, oder ob ein privilegium exigendi vorliegt. Im ersteren Fall entscheiden die Grundsätze des Pfandrechts, es kommt also darauf an, ob die dem Pfandrecht unterworfenen Sachen zur Activmasse gehören oder nicht. Das privilegium exigendi dagegen ist ein Vorzugsrecht, welches einer Forderung als solcher zukommt, eine Qualität derselben und ist im Vermögen des Uebernehmers ebenso wirksam, wie im Vermögen des Schuldners, da die Individualität der Schuld durch die Uebernahme sich nicht verändert. Die älteren Gläubiger des Uebernehmers haben kein Recht, sich zu beklagen, denn es muß ihnen gleich gelten, ob der Gemeinschuldner eine privilegirte Schuld contrahirt oder übernimmt, sie können ihm ersteres so wenig wehren als letzteres. — Hierbei mag auf ein Mißverständniß aufmerksam gemacht werden, das zuweilen in der Praxis vorkommt. Wenn A von B 100 zu fordern hat und ebenso B von C, so kann eine Vereinfachung bewirkt werden, wenn A und C in unmittelbare Berührung mit einander treten und B ausscheidet. Bei den Römern wurde dies durch Delegation vermittelt, beide älteren Obligationen wurden aufgehoben und eine neue errichtet. Heut geschieht es durch Succession und zwar ist entweder die Forderung oder die Schuld Gegenstand der Succession. Im ersteren Fall wird A abgefunden von B durch Uebereignung der Forderung des B an C, dies ist Cession; im letzteren Fall übernimmt C die Schuld des B an A und findet dadurch seinerseits den B ab, dies ist Uebernahme; dort geht durch Zahlung unter die Forderung des A, hier die des B; dieser Unterschied ist wichtig, wenn C in Concurs verfällt. Wenn also eine Frau im Concurse ihres Mannes mit ihrer Dotalforderung im Distributionsplan „angewiesen" wird auf eine Kaufgelderforderung für ein aus der Masse verkauftes Grundstück, so hat sie im Concurse des Käufers nicht eine Dotalforderung, sondern eine Kaufgelderforderung zu liquidiren, hinsichtlich der ersteren ist sie befriedigt durch datio in solutum; wenn aber der Käufer statt Baarzahlung

zu leisten, die Dotalschuld in Abrechnung auf das Kaufgeld übernommen hätte, so liquidirt die Frau im Concurse des Käufers ihre alte Dotalforderung, welche, abgesehen von der Hypothek, ihres privilegium exigendi nicht verlustig gegangen [18]).

V. Adjudication. Die oben S. 102 abgedruckte Declaration vom 21. März 1835 bestimmt im §. 5: „auf nothwendige Subhastationen findet die gegenwärtige Verordnung keine Anwendung." Man hat, wie es scheint, angenommen, daß, wenn der Adjudicatar Hypothekenschulden in Abrechnung auf das Kaufgeld übernehme, hierin, da es mit Einwilligung des betreffenden Gläubigers geschehe und die Gläubiger der verkaufende Theil seien, eine Novation liege und somit von selbst ein obligatorisches Verhältniß zwischen Gläubiger und Uebernehmer entstehe [19]). Es ist schon im vierten Abschnitt (S. 68) auf das Irrthümliche der Vorstellung, daß die Gläubiger Verkäufer seien, hingewiesen, ebensowenig ist an eine Novation zu denken. Der Fall der Adjudication hat gar nichts Besonderes. Der durch die Gläubiger vertretene Schuldner verkauft und der Adjudicatar zahlt durch Uebernahme; daß der Gläubiger, dessen Forderung übernommen wird, mit zu den Personen gehört, die den Schuldner und Verkäufer vertreten, ist hier gleichgültig, wenn nicht etwa die Umstände so liegen, daß man sagen kann, der Adjudicatar habe gegen den betreffenden einzelnen Gläubiger die Schuld agnoscirt, in welchem Falle die Folgen der Agnition eintreten. Für das preußische Recht ist bemerkenswerth, daß, da die Declaration nicht Anwendung findet, auch in diesem Falle lediglich die richtige Auffassung des Verhältnisses vom Richter zu Grunde zu legen ist.

VI. Der Unterschied der bloßen Zahlungsanweisung [20]) von der wirklichen Uebernahme liegt hier eben in der directen Klage. Der Angewiesene ist nicht Successor des Anweisenden, sondern nur Vertreter desselben in Bezug auf die zu leistende Zahlung, minister solutionis, der Assignat steht zu dem Angewiesenen vor der Acceptation in keinem Rechtsverhältniß und ist zur Klage nicht berechtigt.

---

18) Vergl. Abschn. II. Nr. VI. S. 30. Desgl. Koch, Uebergang der Forderungsrechte, S. 346, 347. —

19) Löwenberg, Motive, Bd. 1. S. 337. — Motive zum N. bürgerl. Gesetzbuch, abgedruckt in den Ergänzungen und Erläuterungen zum Allg. L. R., Th. I. Tit. 20. §. 53, 54. Ausg. 2. S. 493 c.

20) Vergl. Abschn. II. S. 32. Abschn. III. S. 55. Abschn. IV. S. 69.

VII. Das Nebeneinanderbestehen der obligatorischen Verbindlichkeit des Schuldners und der Verpflichtung des Uebernehmers. Man kann nicht sagen, die Uebernahme fremder Schulden ist Correalobligation[21]), aber man kann fragen: wirkt sie Correalobligation? Die Frage muß indeß verneint werden, weil die Verpflichtung des Uebernehmers dem Gläubiger gegenüber nicht obligatorischer Natur ist. Der Schuldner ist dem Gläubiger persönlich verpflichtet, der Uebernehmer muß zahlen, weil die Schuld seinem Passivvermögen angehört. Gleichwohl ist das Verhältniß der Correalobligation ähnlich, namentlich ist der eine befreiet, sobald der andere bezahlt hat; der Schuldner ist dadurch befreiet, weil die Obligation aufgehoben wird, der Uebernehmer, weil die Schuld aufgehört hat, zu existiren. Hieraus folgt: die Befreiung des Uebernehmers, insofern sie durch Untergang der Schuld herbeigeführt wird, bewirkt immer die Befreiung des Schuldners von selbst, aber nicht umgekehrt, denn die Obligation, insoweit sie persönliches Verhältniß ist, kann aufhören, und die Schuld, als solche, kann bestehen bleiben. Nur solche Ereignisse, welche auf den objectiven Bestand der Obligation aufhebend wirken, kommen dem Uebernehmer zu statten. Multum interest, utrum res ipsa solvatur, an persona liberetur[22]).

21) S. Abschn. II. S. 33.

22) L. ult. D. de duob. reis (45, 2). Vergl. Abschn. IV. Nr. 2. a. E. S. 61. —

Siebenter Abschnitt.

Weiterübertragung der Schuld auf einen zweiten Uebernehmer.

Ueberträgt der erste Uebernehmer die Schuld weiter auf einen anderen, so ändert dieser Umstand nichts in dem Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner, welche davon nicht berührt werden, auch nicht in dem Verhältniß zwischen Schuldner und erstem Uebernehmer. Letzterer, welcher dem Schuldner dafür zu haften hat, daß die Schuld aus dem Vermögen desselben nicht beigetrieben werde, kann sich von dieser Verpflichtung durch einen einseitigen Act nicht befreien. Wird also der Schuldner vom Gläubiger in Anspruch genommen, so kann ersterer nach wie vor vom ersten Uebernehmer Entschädigung verlangen[1]).

Dagegen wird allerdings das Verhältniß zwischen dem Gläubiger und dem ersten Uebernehmer völlig verändert oder vielmehr gänzlich aufgehoben. Im fünften Abschnitt S. 70, 71 ist das Prinzip dieses Verhältnisses dahin ausgesprochen, daß eine Obligation zwischen beiden nicht stattfinde, dennoch aber der Uebernehmer belangt werden könne, weil jeder, zu dessen Passivvermögen eine Schuld gehöre, zum Gläubiger in einem ähnlichen Verhältnisse stehe, wie der Besitzer einer Sache zum Eigenthümer. Da nun mit dem Augenblick der Weiterübertragung die Schuld aufhört, Bestandtheil des Passivvermögens des ersten Uebernehmers zu sein, so folgt, daß von nun auch der Gläubiger nicht mehr berechtigt ist, sich an ihn zu halten. Seine Klage ist fortan gegen den zweiten Uebernehmer mit derselben Wirkung wie gegen den ersten Uebernehmer gerichtet. Die Passivlegitimation des letzteren ist durch den

1) Entscheid. d. Ob. Tr. zu Berlin, Bd. 1. S. 96. —

Uebertragungsact aufgehoben und nun in der Person des Nachfolgers vorhanden. Der Gläubiger hat also z. E. die Darlehnsklage gegen den Empfänger des Darlehens, kann sie aber auch geltend machen gegen den, zu dessen Passivvermögen die Schuld zur Zeit der Klageanstellung gehört. Derjenige aber, zu dessen Passivvermögen die Schuld früher einmal gehört hat, ist ihm zu nichts verpflichtet. Nicht im Einklang hiermit scheint das Erkenntniß des Ober-Tribunals zu Berlin vom 5. Februar 1816 [2]) zu stehen, welches den Beklagten zur Zahlung verurtheilt, obwohl er zuvor das Gut und mit demselben die Schuld auf C übertragen hatte. Allein es ist zu beachten, daß es in den Gründen heißt: „wenn auch C . . das Kirchenkapital (im Betrage von 1171 Thlr. 2 Pf.) übernommen hat, so ist doch dabei ausdrücklich die Einschränkung gemacht worden, daß, da die übernommenen Schulden das Kaufgeld um 1884 Thlr. überstiegen, der Beklagte (Verkäufer) verpflichtet sein solle, diese 1884 Thlr. abzulösen und die Inhaber der Posten, und namentlich die Kirche auf andere Art zufrieden zu stellen." Hiernach scheint, soweit sich das Sachverhältniß übersehen läßt, der C das Kirchenkapital in Wahrheit nicht übernommen zu haben und der Beklagte der letzte wirkliche Uebernehmer gewesen zu sein.

Anders kommt die Sache zu stehen, wenn der erste Uebernehmer die Schuld gegen den Gläubiger anerkannt und dabei direct oder indirect ein Zahlungsversprechen geleistet hat. Hiermit ist er die Verpflichtung eingegangen, die Schuld ohne Genehmigung des Gläubigers nicht weiter zu veräußern. Denn es ist klar, daß der Gläubiger, zumal wenn er den Schuldner in Folge der Erklärung des ersten Uebernehmers entlassen hat, dem Kredite des letzteren gefolgt ist. Er kann daher zwar den zweiten Uebernehmer in Anspruch nehmen, eben so sehr ist er aber auch berechtigt, sich an den Zwischenübernehmer zu halten, indem er die zweite Uebernahme als nicht geschehen behandelt. Practisch liegt mithin alsdann die Sache so, als ob der Zwischenübernehmer der erste Schuldner wäre [3]), wenn auch theoretisch das Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner und das Verhältniß zwischen Gläubiger und agnoscirendem Uebernehmer nicht unter denselben Gesichtspunkt fallen [4]).

---

2) Simon und v. Strampff, Rechtssprüche, Bd. I. S. 116.
3) Rechtssprüche der preuß. Gerichtshöfe, Bd. 4. S. 325 flg.
4) Abschnitt V. S. 76 flg.

Sind Zinsen rückständig aus der Zeit des ersten Uebernehmers, so ist der Gläubiger berechtigt, diesen Rückstand auch nach der erfolgten Weiterübertragung vom ersten Uebernehmer zu verlangen. Dies folgt aus dem, was über die Natur der Zinsen am Ende des zweiten Abschnitts gesagt worden. Es sind Früchte, auf deren Gewährung der Gläubiger mit dem Augenblick des Entstehens derselben ein gegenwärtiges Recht gewinnt, das ihm einseitig nicht entzogen werden kann. Uebernimmt der Nachfolger auch den Zinsenrückstand, so folgt daraus nur, daß der Gläubiger sich an beide halten kann.

Von den Einreden aus der Person des Zwischenübernehmers gilt dasselbe, was oben S. 108 flg. über die Einreden aus der Person des Schuldners gesagt ist. —

Zwischen dem ersten und zweiten Uebernehmer und so fort findet das nämliche Verhältniß statt wie zwischen dem Schuldner und dem ersten Uebernehmer. Es bildet sich also bei einer Reihe von Uebernahmen eine Kette von Regreßverbindlichkeiten, in der Art, daß wenn der Gläubiger auf den Schuldner zurückgeht, jeder seinen nächsten Hintermann auf Schadenersatz in Anspruch zu nehmen befugt ist. —

Wird der Uebernehmer durch Erbgang oder Cession Inhaber der entsprechenden Forderung, so hören Forderung und Schuld nach den Regeln der Confusion auf zu existiren, ist jedoch die Forderung hypothekarisch eingetragen und die Löschung nicht erfolgt, so bleibt sie als Gegenstand des Verkehrs bei Kräften [5]). Er kann alsdann entweder die Forderung cediren oder die Schuld im Wege der Uebernahme Seitens eines Dritten weiter übertragen. Im Fall der Cession steht er dem Cessionar sowohl als Cedent als auch in seiner Eigenschaft als Uebernehmer gegenüber. Im Fall der Uebernahme dagegen steht er dem zweiten Uebernehmer ebenfalls in doppelter Eigenschaft gegenüber, als Inhaber der Forderung und als Zwischenübernehmer. —

Schlußbemerkung.

Uebernahme fremder Schulden ist Succession, aber nicht in die Obligation, sondern Succession in die Schuld. Dies ist die Grundlage der ganzen Ausführung, mit der alle Folgesätze stehen oder fallen. Deshalb folgende kurze Zusammenfassung, um nachzuweisen, daß das

5) S. Abschnitt IV. Nr. 3b. S. 68. flg.

Institut so und nur so in Uebung sich befindet. Der Uebernehmer erklärt zum Schuldner, ich übernehme deine Schuld, der Uebernehmer erklärt zum Gläubiger, ich bin nun dein Schuldner, der Gläubiger erklärt zum Schuldner, ich entlasse dich aus deiner bisherigen Verbindlichkeit. Jedermann wird zugeben, daß dies ein getreues Bild des Geschäfts mit seinen Zusätzen ist, wie es uns tagtäglich begegnet. Nun also —: die Uebernahme ist Succession, sie muß es sein, denn es wird ein Vermögensstück unter Lebenden auf einen anderen übertragen. Wer behauptet, der Uebernehmer sei nur Stellvertreter des Schuldners, der irrt, denn die Obligation zwischen Gläubiger und Schuldner wird aufgehoben durch die Entlassung des letzteren, es ist also von diesem Augenblick an keine Vertretung mehr möglich. Wer behauptet, Gläubiger und Uebernehmer schlössen einen Vertrag, und dieser Vertrag sei Grund der Verbindlichkeit des letzteren, der irrt, denn der einfachste Verstand muß einsehen, daß Eingehen einer neuen Verbindlichkeit nicht Uebernehmen einer alten ist, daß das bestehen bleiben muß, was ich übernehmen soll, daß Uebergang nicht Untergang ist. Die Uebernahme ist also Succession, aber nicht in die Obligation, denn das persönliche Band zwischen Gläubiger und Schuldner, d. h. die Obligation, bleibt bis zur Entlassung des Schuldners bestehen. Würde wahrhaft in die Obligation succedirt, so müßte mit dem Augenblick der Uebernahme der Schuldner befreit sein. Es muß also etwas anderes sein, was den Gegenstand der Succession ausmacht. Was dieses andere ist, lehrt uns der Sprachgebrauch, es ist die Schuld. Wer behauptet, daß Schuld und Obligation dasselbe seien, der irrt, denn es ist gewiß, daß die Obligation durch Entlassung des Schuldners aufgehoben wird, und daß dennoch die Schuld bestehen bleibt. Entweder also sind Sprachgebrauch, Gewohnheit und Verkehr Dinge, welche in der Rechtswissenschaft keine Bedeutung haben, oder die bisherige Auffassung der Juristen ist irrig. Eine solche Alternative ist aber in der That keine Alternative. —

Erster Anhang.

Der procurator in rem suam als Beklagter[1]).

Es soll hier dasjenige, was im Verlauf der Abhandlung gelegentlich [2]) angedeutet worden, näher dargelegt und begründet werden.

Das römische Recht kennt zwar das Institut der Uebernahme fremder Schulden als solches nicht, aber es kennt die Sache selbst, nur daß man sich anderer Geschäftsformen bediente. Derjenige, der an die Stelle des Schuldners treten sollte, verpflichtete sich dem Gläubiger durch verba concepta und befreiete dadurch den Schuldner — delegatio, expromissio. Es war dies nicht Uebergang der Schuld, sondern Untergang der Obligation und Herstellung einer selbständigen Verpflichtung.

Hatte jemand, ohne sich dem Gläubiger zu verpflichten, nur dem Schuldner versprochen, für ihn Zahlung an den Gläubiger zu leisten, was ausdrücklich oder bei Uebernahme eines ganzen Vermögens oder einer Erbschaft auch stillschweigend geschehen konnte [3]), so wurde hierdurch zwar ein obligatorisches Verhältniß zwischen dem Schuldner und

---

1) Accursius ad L. 29. D. de proc. — Bachov. ab Echt, Comment. in prim. part. Pand. lib. III. tit. III. cap. 1. No. 8. — Juristische Abhandlungen von Heise u. Kropp: Ueber das Versprechen gerichtlicher Vertretung, cautio defensurum iri, Bd. 1. S. 225—265. — Mühlenbruch, Pandekten, Bd. 2. §. 483. Note 9. Bd. 3. §. 723. Note 10. — Puchta, Pandekten, 5. Auflage. §. 280. — Institutionen, Bd. 2. §. 203. Note c. — C. F. Koch, Uebergang der Forderungsrechte, §. 40 u. 54. a. E. — Mühlenbruch, Cession, 3. Aufl. §. 13. S. 131—135.

2) Abschnitt II. Nr. VII. S. 31 flg. Abschnitt V. S. 73.

3) Abschnitt II. lit. a. S. 36 flg.

dem Dritten hervorgebracht, im Uebrigen aber juristisch nichts geändert. Namentlich konnte der Gläubiger, falls Zahlung ausblieb, nur den Schuldner in Anspruch nehmen, der dann seinerseits vom Dritten Entschädigung zu verlangen berechtigt war. Indessen gestatteten die Grundsätze der prozessualischen Vertretung eine Abkürzung. Der Schuldner konnte den Dritten zur Vertheidigung auffordern, übernahm letzterer nur den Prozeß, so trat ein ähnlicher Erfolg ein, wie im Fall der Expromission. Denn durch die Litiscontestation wurde wenigstens zur Zeit des ordo judiciorum privatorum unter Aufhebung des bisherigen Klagerechts ein neues obligatorisches Verhältniß zwischen dem Gläubiger und dem defensor begründet[4]).

Die Zeugnisse der Quellen hierfür sind schon oben gegeben. Abschnitt V. Nr. 1, 2, 6 u. 7. Vergl. außerdem L. 17, 18. D. de pec. leg. (33, 8). — L. 59. §. 1. D. de jure dot. (23, 3). —

Nur in diesem Sinne reden die Quellen von suscipere obligationem in L. 45. §. 1 u. 2. D. mand. (17, 1), von transferre obligationem in L. 7. §. 8. D. de dolo (4, 3) und von transscribere in se aes alienum in L. 13. pr. D. ad SC. Vell. (16, 1).

Der Grundsatz der Unübertragbarkeit der Obligationen galt aber den Römern nicht blos in passiver, sondern auch in activer Beziehung, gleichwohl erfand man eine Form, vermittelst welcher dem Bedürfniß, das der Verkehr mit Forderungen dringend erheischt, Genüge geleistet wurde ohne jenen Grundsatz aufzugeben. Der s. g. Cessionar wurde dem Schuldner gegenüber nur als Vertreter des Gläubigers angesehen, da er aber procurator in rem suam war, konnte er das beigetriebene Geld für sich behalten. Es liegt nun die Frage nahe, ob denn nicht, da das Bedürfniß des Verkehrs mit Schulden nicht minder dringend ist, eine analoge Rechtsform sich ausgebildet hat?

In der That finden sich denn auch in den Quellen Anfänge einer solchen Entwicklung.

Zunächst wird bestimmt anerkannt, daß ein procurator in rem suam nicht blos auf Seiten des Klägers, sondern auch auf Seiten des Beklagten vorkommen könne.

L. 61. D. de procur. (3, 3). Plautius ait: Procuratorem damnatum non debere conveniri, nisi . . . in rem suam datus esset. —

---

4) Puchta, Institutionen, §. 279. — Savigny, System, Bd. 6. S. 24. — Vergl. jedoch L. 22. §. 2. D. mand. (17, 1).

L. 29. D. eod. — L. 4. pr. D. de re jud. (42, 1). — L. 8. §. 2. D. quib. mod. pign. (20, 6). — L. 42. §. 2. D. de proc. (3, 3). — L. 66. §. 2, L. 21. §. 2. D. de evict. (21, 2). — L. 10. §. 12. D. mand. (17, 1). —

Nicht minder wird anerkannt, daß es oft einen wichtigen Unterschied macht, ob der Procurator des Beklagten in rem suam ist, oder nicht. So z. E. geht wenigstens nach Justinianischem Recht die judicati actio gegen den gewöhnlichen Procurator gar nicht, während der procurator in rem suam allerdings mit derselben belangt werden kann.

L. 4. pr. D. de re jud. (42, 1). Si se non obtulit procurator, judicati actio in eum denegabitur, et in dominum dabitur; si se obtulit, in ipsum dabitur. Obtulisse autem se liti videtur non is, qui in rem suam procurator datus sit; nam hic alia ratione recusare judicati actionem non potest, quia hic non in alienam, sed in suam rem procurator factus est. L. 29. D. de proc. (3. 3). —

Ferner ist ein Frauenzimmer unfähig, den Beklagten im Prozeß zu vertreten, weil darin eine Intercession liegt, ausgenommen, wenn sie als procurator in rem suam anzusehen.

L. 2. §. 5. D. ad SC. Vell. (16, 1). Sed etsi mulier defensor alicuius extiterit, procul dubio intercedit, suscipit enim in se alienam obligationem, quippe quum ex hac re subeat condemnationem. Proinde neque maritum, neque filium, neque patrem permittitur mulieri defendere. L. 3. eod. Sed si eum defendat, qui damnatus regressum ad eam habeat, veluti cum venditorem hereditatis sibi venditae, vel fidejussorem suum defendat, intercedere non videtur. L. 13. eod. L. 2. C. eod. (4, 29). —

Es kann also unzweifelhaft der Vertreter des Beklagten procurator in rem suam sein. Gehen wir nun näher auf das Verhältniß zwischen Vertreter und Vertretenem ein, so zeigt sich, daß dasselbe auf einem ausdrücklichen Versprechen der Vertheidigung beruhen kann. Hierher gehört die stipulatio partis et pro parte: ut si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur. Gaj. II. §. 252. Auch sonst wird dieses Versprechens erwähnt, vergl. L. 28. D. pro soc. (17, 2). — L. 31. pr. D. de hered. pet. (5, 3). — L. 17, 18. D. de pec. leg. (33, 8). — L. 45. §. 2. D. mand. (17, 1). Es ist dies, um die Analogie der Cession festzuhalten, das mandatum defensionis. Indessen giebt es auch Verhältnisse, mit welchen die Verpflichtung zur Vertheidigung von selbst verbunden ist, ohne daß es eines ausdrücklichen

Versprechens bedürfte. So soll der Verkäufer den Käufer im Evictionsprozesse[5]), der Hauptschuldner den Bürgen[6]), der Miterbe, dem eine Nachlaßschuld zur Tilgung überwiesen, den Miterben[7]), derjenige, dem eine Erbschaft geschenkt worden, den Geschenkgeber[8]) zu vertreten gehalten sein. Man wird daher wohl die Regel aufstellen können: wer regreßpflichtig ist, ist auch verbunden zu vertheidigen. Daraus folgt namentlich, daß jeder, der ausdrücklich oder stillschweigend versprochen hat, die Schuld eines anderen zu tilgen, letzteren gegen den Gläubiger vertreten muß. Eine merkwürdige Ausnahme, anscheinend ohne inneren Grund, tritt beim Erbschaftskauf ein, der Erbschaftskäufer, obwohl er regreßpflichtig[9]) ist, braucht den Verkäufer nicht zu vertheidigen[10]).

War der Verpflichtete zur Vertheidigung in Güte nicht bereit, so konnte er im Wege des Prozesses dazu angehalten werden. Diese Klage war entweder die Contractsklage[11]) oder eine actio praescriptis verbis,

> L. 28. D. de donat. (39, 5). Hereditatem pater sibi relictam filiae sui juris effectae donavit. Creditoribus hereditariis satisfacere debet, vel si hoc minime faciat, et creditores contra patrem veniant, cogenda erit per actionem praescriptis verbis patrem adversus eos defendere,

und scheint als Incidentpunkt im Hauptprozeß behandelt zu sein,

> L. 74. §. 2. D. de evict. (21, 2). Mota quaestione interim non ad pretium restituendum sed ad rem defendendam venditor conveniri potest.

Am wichtigsten ist hier das Verhältniß des Gläubigers zu demjenigen, der zur Vertheidigung des Schuldners verpflichtet ist; kann der Gläubiger ihn direct belangen? Die Quellen verneinen, wie gezeigt ist, diese Fage auf das bestimmteste, gleichwohl läßt sich behaupten, daß der römische Jurist, ohne die Consequenz des Obligationenrechts aufzugeben, die Klage hätte gestatten können. Der Gläubiger kann freilich

5) L. 75. D. de proc. (3, 3). L. 21. §. 2, L. 66. §. 2, L. 74. §. 2. D. de evict. (21, 2). — L. 49. pr. D. de jud. (5, 1).

6) L. 10. §. 12. D. mand. (17, 1).

7) L. 20. §. 8. D. fam. ercisc. (10, 2).

8) L. 28. D. de donat. (39, 5).

9) L. 2. §. 9. D. de her. vend. (18, 4). — L. 3. D. ad SC. Vell. (16, 1).

10) L. 34. D. de proc. (3, 3). — L. 2. C. de her. vend. (4, 39). —

11) L. 75. D. de proc. (3, 3). — L. 74. §. 2. D. de evict. —

den Dritten, als solchen, nicht belangen, denn dieser ist zu nichts verbunden, aber er kann ihn procuratorio nomine, er kann ihn als Vertreter des Schuldners belangen. Freilich kann der Dritte die Vertretung ablehnen, und der Gläubiger hat streng genommen kein Recht ihn zur Vertretung des Schuldners zu zwingen, allein hier würde eine positive Nachhülfe erlaubt gewesen sein. Man erwäge nur, daß es sich hierbei nicht um Prinzipien des Obligationenrechts, sondern um Grundsätze prozessualischer Natur handelte, und daß ja in der Lehre der Cession der Forderungen weit eingreifendere Satzungen, namentlich in Betreff der Denuntiation, ohne Anstoß in Gang gekommen sind.

Dies hätte geschehen können, und es fragt sich nur, inwieweit Ansätze einer solchen Entwicklung wahrzunehmen sind.

Vorweg muß bemerkt werden, daß die L. 29. D. de proc. si actor malit dominum potius convenire, quam eum, qui in rem suam procurator est, dicendum est, ei licere, hier nicht hergehört, da sie, wie der Zusammenhang ergiebt, augenscheinlich nur auf die judicati actio sich bezieht.

Sodann erfahren wir zunächst, daß der Dritte, wenn er einverstanden war, allerdings belangt werden konnte.

L. 2. C. de pactis (2, 3) Post venditionem hereditatis a te factam, si creditores contra emtores actiones suas movisse probare poteris, eosque eas spontanea voluntate succepisse, exceptione taciti pacti non inutiliter defenderis. L. 2. C. de hered. vend. (4, 39).

Es hat freilich an sich nichts auffallendes, wenn jemand freiwillig die Vertretung des Schuldners übernimmt, allein es ist doch zu bemerken, daß die Klage, wie aus den Worten klar hervorgeht, von vorn herein gegen den Erbschaftskäufer gerichtet worden. Es muß also die Klage an sich für zuläßig erachtet sein, sonst hätte sie gleich zurückgewiesen werden müssen, denn auch der römische Richter hatte die Statthaftigkeit der Klage zu prüfen[12]). Wie es in den Fällen der Vertretung des Beklagten zur Zeit des Formularprozesses gehalten wurde, erfahren wir aus Gajus IV. §. 87: Ab adversarii quoque parte si interveniat aliquis, cum quo actio constituitur, intenditur, dominum dare oportere; condemnatio autem in ejus personam convertitur, qui judicium accepit.

Aber auch eine Nöthigung zur Vertheidigung kommt gelegentlich vor.

---

12) Heffter, Civilprozeß, S. 388. —

L. 33. §. 3. D. de proc. Ait Praetor cuius nomine quis actionem dari sibi postulabit, is eum viri boni arbitratu defendat . . . §. 4. Aequum Praetori visum est, eum, qui alicujus nomine procurator experitur, eundem etiam defensionem suscipere.

Vat. fragm. §. 330. Si procurator absentis aliquam actionis absentis nomine inferre velit, cogendum eum adversus omnes absentem defendere.

Die letztere Stelle spricht zwar nur vom defensor absentis, das Edict aber redet ganz allgemein. Beide Stellen ergänzen sich.

Am merkwürdigsten ist die L. 3. D. fam. ercisc. (10, 2). Plane ad officium judicis nonnunquam pertinet, ut debita et credita singulis pro solido, aliis alia attribuat, quia saepe et solutio et exactio partium non minima incommoda habet. Nec tamen scilicet haec attributio illud efficit, ut quis solus totum debeat, vel totum alicui soli debeatur, sed ut, sive agendum sit, partim suo partim procuratorio nomine agatur, sive cum eo agatur, partim suo partim *procuratorio nomine conveniatur.* Nam licet libera potestas maneat creditoribus, cum singulis experiendi, tamen et his libera potestas est suo loco substituendi eos, in quos onera actionis officio judicis translata sunt.

Man hat, verführt durch die Worte potestas est suo loco substituendi eos, geglaubt, es sei die Rede von einer Substitution, von einem dare procuratorem Seitens der sämmtlich verklagten Erben im Laufe des Prozesses [13]). Allein offenbar ist die Substitution, das mandatum defendendi, schon vor Beginn des Prozesses und mit der Wirkung ertheilt, daß der Gläubiger darauf fußend im Stande ist die betreffenden Miterben allein zu belangen. Denn die ganze Stelle handelt von dem officium judicis, und der Ausspruch des Theilungsrichters ist es, dem die Kraft beigelegt ist onera actionis zu transferiren. Die Miterben substituiren, insofern sie einverstanden sind mit diesem Ausspruch, nicht erst, nachdem sie belangt worden vom Gläubiger. Daher heißt es auch schlechthin cum eo agitur, partim suo partim procuratorio nomine convenitur. Man kann von dem nicht sagen convenitur, der einen gegen einen Dritten bereits angestellten Prozeß übernimmt. Somit kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Jurist den Gläubiger in diesem Falle für befugt erklärt, denjenigen, dem die Schuld überwiesen wor=

13) Heise und Kropp, Abhandl. I. i. S. 233; s. dagegen Mühlenbruch, Pandecten, Bd. 3. §. 723. Nr. 10.

den, procuratorio nomine direct zu belangen, wobei die Zusammenstellung mit der Cession bemerkenswerth ist.

Auch die L. 14. D. de transact. (2, 15) wird dieser Anschauungsweise ihren Ursprung verdankt haben: Controversia inter legitimum et scriptum heredem orta est, eaque transactione facta, certa lege finita est; quaero, creditores, quem convenire possint? Respondi: si iidem creditores essent, qui transactionem fecissent, id observandum esse de aere alieno, quod inter eos convenisset; si alii creditores essent, propter incertum successionis pro parte hereditatis, quam uterque in transactione expresserit, utilibus actionibus conveniendos esse.

So klar, wie in der vorigen Stelle spricht sich freilich hier nicht aus, daß jeder der Transigenten procuratorio nomine, als Vertreter des unbekannten wahren Erben belangt werde, vielmehr wird die Entscheidung als eine Singularität bezeichnet und mit einer utilis actio geholfen, indeß wird man den inneren Grund der Entscheidung mit Recht in dieser Art auffassen können. Jedenfalls drückt übrigens das conveniendos esse wohl nur eine Befugniß der Gläubiger aus[14]).

Das in der L. 3. cit. ausgesprochene Prinzip, so bestimmt und klar es hervortritt und so fruchtbringend es hätte werden können, hat gleichwohl zur Ausbildung eines selbständigen, der Cession verwandten Instituts nicht geführt. Wir haben es, soweit vom römischen Recht die Rede ist, mit einer unreifen, soweit das geltende gemeine Recht in Betracht kommt, mit einer abgestorbenen Frucht zu thun, da die moderne deutsche Rechtsbildung selbstthätig und schöpferisch aufgetreten ist. —

14) Voet, Comment. p. I. b. 2. tit. 15. No. 22.

Zweiter Anhang.

Rechtsfall.

Der Beklagte hatte vom Kläger eine Fabrik erkauft, in Abrechnung auf das Kaufgeld hypothekarische Schulden des Klägers übernommen, den Kläger binnen einer gewissen Frist zu liberiren versprochen und die Schuldverschreibungen der Gläubiger mit dem Agnitionsvermerk [1]) versehen. Bei der Proclamation des Grundstücks wurden noch andere, nicht übernommene Realforderungen angemeldet. Der Beklagte bewirkte die Liberation des Klägers nicht. Die Gläubiger, wie es wörtlich in der Klage heißt, „wollten mit dem Beklagten nicht in Verbindung stehen und drängten auf Zahlung, so daß sich Kläger entschloß, dieselben für Rechnung des Beklagten zu befriedigen, indem er sich ihre Rechte zu den einzelnen Verschreibungen cediren [2]) ließ." Kläger verlangte nach erfolgter Kündigung Zahlung auf Höhe der gedachten Forderungen, nebenbei auch noch Zinsen vom Kaufgelder=Rückstand. Der Beklagte setzte der Klage den Einwand der drohenden Eviction mit Rücksicht auf die bei der Proclamation erfolgten Anmeldungen entgegen.

---

1) „Als nunmehriger Eigenthümer der ... Fabrik zu S. agnoscire ich hierdurch ohne Neuerung der bestehenden Verhältnisse vorstehende in der ... Fabrik bestätigte Schuld von ..., welche mir von meinem Verkäufer dem ... in Abrechnung des Kaufgeldes überwiesen ist, indem ich den bestehenden Verpflichtungen in Verzinsung und Zurückzahlung des Capitals prompt nachzukommen mich verpflichte, sub hypotheca bonorum. Stralsund den 24. Juni 1848." Unterschrift des Käufers.

2) „Nachdem ich heute von ... (Name des Klägers) die Valuta vorstehenden Wechsels (vorstehender Schuldverschreibung) mit ... sowie die laufenden Zinsen richtig erhalten habe, cedire ich ihm diesen Wechsel mit allen mir daraus zustehenden Rechten ohne Neuerung, jedoch auch ohne Gewährleistung. Berlin den 28. August 1848." Unterschrift des Gläubigers. —

Das Kreisgericht zu Bergen erkannte unterm 10. März 1851 dahin: daß Beklagter schuldig, die eingeklagten Capitalien im Gesammtbetrage von 1440 Thlr. (nebst Zinsen) zu zahlen, bei dem zweiten Klagepunkte dagegen Kläger mit seinem Antrage auf Zahlung des Zinsrückstandes von 121 Thlr. 6 Sgr. zur Zeit abzuweisen und die Kosten des Prozesses zu compensiren. Von Rechts wegen[3]).

Gründe.

Kläger verfolgt die Zahlung der 1440 Thlr. nebst Zinsen nicht in seiner Eigenschaft als Verkäufer, sondern als Cessionar der ursprünglichen Gläubiger, es liegt mithin insoweit die actio venditi nicht vor und es kann deshalb die gegen diese Klage an sich zulässige Einrede der Retention wegen drohender Eviktion nicht geltend gemacht werden. Diese Einrede kann dem Kläger auch in seiner Eigenschaft als Cessionar nicht entgegengesetzt werden, weil zwischen den eingeklagten Forderungen und dem zu retinirenden Gegenstande keine Connexität besteht. Die Einrede der Simulation ist erst in der Duplik vorgebracht, mithin verspätet. Dagegen greift jene Einrede insofern, als die Klage auf Zahlung der Zinsen von dem Kaufgelderreste der 3330 Thlr. gerichtet ist, allerdings Platz. Denn es ist vom Beklagten nicht bestritten und mithin in contumaciam für zugestanden zu achten, daß die vom Beklagten behaupteten Anmeldungen zu den Proclamationsacten erfolgt seien und es wird dies übrigens auch durch diese Acten völlig bestätigt. Die angemeldeten, vom Beklagten in partem pretii nicht übernommenen Forderungen übersteigen den Kaufgelderrest der 3330 Thlr. um 560 Thlr. 1 Sgr. 2 Pf. und es ist Beklagter auf Grund des fr. 18. de peric. und der const. 24 de evict. allerdings befugt, die eingeklagten Zinsen so lange zu retiniren, bis ihm Sicherheit geleistet ist. Die Frage, ob die angemeldeten Forderungen begründet und ob dieselben dingliche seien, war Beklagter zu prüfen nicht verpflichtet. Aus vorstehenden Gründen ist, wie geschehen, erkannt und namentlich die Compensation der Kosten wegen theilweiser Abweisung des Klägers ausgesprochen. —

Auf die Appellation des Beklagten erkannte das Appellationsgericht zu Greifswald am 31. Oktober 1851 dahin:

---

3) Acta S. 96. de 1850. —

daß das erste Erkenntniß dahin zu ändern, daß der Kläger mit der eingeklagten Forderung von 1440 Thlr. nebst Zinsen zur Zeit abzuweisen und die Kosten auch dieser Instanz zu compensiren. V. R. W.

Gründe.

Dadurch allein, daß der Verklagte die erwähnten Schulden auf das unbezahlte Kaufgeld übernommen hat, ist der Kläger als Verkäufer von seiner Schuldverbindlichkeit nicht frei geworden, hierzu wäre vielmehr die Zustimmung der Gläubiger und die Entlassung des Klägers aus dem Schuldnexus erforderlich gewesen. Daß aber eine solche stattgefunden habe und dadurch eine Novation des ursprünglichen Schuldverhältnisses bewirkt worden sei, ist vom Kläger nicht behauptet. Ist nun Kläger durch die vom Beklagten übernommene Verpflichtung nicht frei geworden von seiner Schuld, so hat er durch die seinen Gläubigern geleistete Zahlung nicht eine Schuld des Verklagten, sondern eine eigene Schuld getilgt. Mit dieser Zahlung und durch dieselbe ist das Forderungsrecht der bezahlten Gläubiger und als accessorium die dafür bestellte Hypothek erloschen. Dies vorausgesetzt aber hat eine Cession des Forderungs- und Klagerechts dieser Gläubiger an den Kläger mit rechtlicher Wirksamkeit nicht stattfinden können, weil eben diese nur rücksichtlich eines noch bestehenden Rechts gedacht werden kann. Haben nun die vom Verklagten übernommenen Schulden zu existiren aufgehört, so kann von einer Verpflichtung des Verklagten, dieselben zu bezahlen und von einer Einklagung ex jure cesso der befriedigten Gläubiger nicht weiter die Rede sein, vielmehr, da insoweit die Bestimmung des §. 4 des Kaufcontractes [4]) ihren Gegenstand und Zweck verloren hat, dem Kläger nur das Recht zustehen, denjenigen Theil des Kaufgeldes, welcher zur Tilgung der gedachten Schulden vom Verklagten sollte zurückbehalten werden können, gegen denselben mit der Kaufklage einzufordern. Dasjenige, was der Verklagte dem Kläger zu zahlen hat, ist Kaufgeld, der actio venditi steht aber, wie der erste Richter rücksichtlich des zweiten Klagepunktes mit Recht angenommen hat, die Einrede der drohenden Eviction und folgeweise des Rechts zur Retention der Kaufgelder entgegen. Aus diesem Grunde hat auch beim ersten Klagepunkte auf Abweisung des Klägers zur Zeit erkannt werden

---

4) §. 4 enthält die Verabredungen in Betreff der Zahlung, namentlich auch die Uebernahme in partem pretii.

müssen, wodurch die Compensation der Kosten der zweiten Instanz von selbst als gerechtfertigt erscheint. —

Auf die Revision des Klägers erkannte das Obertribunal am 2. April 1852, daß das zweite Erkenntniß zu bestätigen, dem Revidenten auch die Kosten dieser Instanz aufzulegen. V. R. W.

Gründe.

Dem zweiten Richter muß darin beigetreten werden, daß aus der Abfindung oder Zahlung der Gläubiger des Klägers allein kein Klagerecht des Klägers gegen den Verklagten erwachsen ist, wenn man dasselbe nicht auf ein obligatorisches Verhältniß zwischen beiden stützt, oder — wie sogar in der Revisionsrechtfertigung zugegeben wird — auf das Kaufgeschäft zurückgeht. Man kann in dieser Beziehung davon absehen, daß nach Inhalt der Klage die sämmtlichen vom Kläger befriedigten Gläubiger die Intercession des Verklagten nicht einmal haben annehmen wollen. Denn der Verklagte hat seine Anerkenntnisse der Gläubiger ausdrücklich dadurch begründet, weil diese Schulden ihm vom Verkäufer der Fabrik in Abrechnung des Kaufgeldes überwiesen worden, wodurch allein schon der Kaufvertrag als ein documentum relatum sich darstellt. Soviel ist gewiß, daß nachdem — wie es in diesen Reversen heißt — Verklagter die Schulden ohne Neuerung agnoscirte, Kläger selbst von seiner Verbindlichkeit nicht frei wurde, daß vielmehr nur ihm Verklagter als correus debendi hinzutrat. Zahlte nun Kläger diese Schulden, so war damit die Schuld getilgt, die Verpflichtung des andern correi debendi beendet, dieser war von derselben befreiet. L. 2. D. deposit (16, 3). Die Korrealobligation an sich ist kein Grund einer Gemeinschaft unter den correis, ein Regreß des, das Ganze zahlenden Gläubigers gegen die anderen kann daher nicht schon durch die Existenz einer Korrealschuld allein begründet werden:

L. 39. D. de fideiuss. (46, 1).

L. 2. C. de duobus reis (8, 40).

L. 62. pr. D. ad L. Falcid. (35, 2).

L. 30. de neg. gest. (3, 5).

Kläger stellt nun zwar das Sachverhältniß so dar, als seien ihm von den Gläubigern deren Rechte an den Verklagten cedirt worden und glaubt deshalb sogar das Ganze gegen denselben einklagen zu dürfen. Der Klage aus der Cession steht jedoch entgegen, daß Ver-

9*

klagter die fraglichen Schulden nach seinen sogenannten Agnitionen nur übernommen hat in Abrechnung des Kaufgeldes, daß daher der von ihm verlangte Betrag die Natur des Kaufgeldes behalten hat. Da Kläger den Kaufvertrag als Klagefundament nicht hat unterlegen wollen, konnte er mit der Klage, wie solche angebracht war, nur abgewiesen werden, als womit es der Sache nach dasselbe ist, daß der zweite Richter ihn statt dessen zur Zeit abgewiesen hat.

In Folge der Bestätigung des zweiten Erkenntnisses mußten dem Revidenten die Kosten dieser Instanz aufgelegt werden. —

Vom zweiten und dritten Richter sind folgende in dieser Schrift dargelegte Rechtsgrundsätze nicht beachtet worden:

1. Uebernahme ist Zahlung [5]). Hätte Kläger, wie ihm an die Hand gegeben wird, die Kaufklage angestellt, so würde ihm mit Recht entgegnet sein, daß die Kaufgelderforderung in Folge der Zahlung durch Uebernahme erloschen sei, überdies würde er insofern benachtheiligt gewesen sein, daß ihm als Verkäufer Einreden gemacht werden können, die er als Cessionarius nicht zu fürchten hat [6]).

2. Nach erfolgter Uebernahme kann der Schuldner die Forderung kaufen [7]). Daß die rechtliche Möglichkeit der Cession vom zweiten Richter geleugnet worden, ist um so auffallender, als Agnition stattgefunden hatte und hieraus ein selbständiges Recht des Gläubigers gegen den Uebernehmer nach der herrschenden Ansicht erwachsen soll [8]), welches der Abtretung fähig ist. In den Gründen des dritten Erkenntnisses wird auch die Möglichkeit der Cession an sich nicht in Abrede gestellt, nur im vorliegenden Fall soll sie ohne Wirksamkeit gewesen sein; der dafür angegebene Grund ist nicht verständlich.

3. Der Uebernehmer ist dem Schuldner regreßpflichtig [9]). Wenn man nämlich auch annehmen wollte, Kläger habe nicht die Forderung gekauft, sondern die Schuld getilgt, so würde er jedenfalls den Ersatz seiner Aufwendungen verlangen können, zumal der

---

5) Abschnitt III. S. 45. —

6) Abschnitt VI. Nr. I. S. 108, 109.

7) Abschnitt IV. Nr. 3a. S. 62.

8) Abschnitt V. S. 76. Eine jener Cessionen lautet daher: „meine Forderung an . . . aus der vorstehenden Agnitionsurkunde vom . . . cedire ich“ u. s. w. —

9) Abschnitt III. S. 49. —

Beklagte im Kaufkontracte versprochen hatte, Liberation zu beschaffen und die Gläubiger vom Schuldner Zahlung gefordert hatten.

Die Unrichtigkeit der Annahme, daß Kläger die Kaufklage hätte anstellen müssen, tritt noch greller hervor, wenn man sich den Fall etwas anders denkt. Gesetzt der Gläubiger wäre gestorben und hätte mehrere Personen, unter diesen auch den Schuldner, als Erben hinterlassen. Dann würden die Miterben unbedingt die alte Forderung einzufordern berechtigt gewesen sein, während der Antheil des Schuldners sich plötzlich in eine Kaufgelderforderung verwandelt hätte[10]). —

10) Vergl. Abschnitt IV. Nr. 3a. S. 61.

Druck von G. Bernstein in Berlin.

Verbesserungen.

S. 2 Anm. 2 Z. 2 st. S. 329 l. S. 334 flg.
S. 2 Anm. 3 Z. 3 der Titel des Buchs lautet vollständig: Michael Schuster, zwei Abhandlungen: I. Wie ist das Compensationsrecht geltend zu machen? II. Ist der Uebernehmer eines verpfändeten Grundstücks den Hypothekengläubigern persönlich, folglich mit seinem Vermögen verpflichtet? Wien, 1830.
S. 4 Anm. 7 füge hinzu: Lüb. R. von 1240 art. 239 de gene, de den thins hevet, de scal daran holden dar he den thins inne hevet and ne mach anders uppe nemande umme de sake vorderinge hebben, mer darup dar he den thins inne hevet. — Isenburgscher Verzichts- und Urfehdebrief von 1272: von alle de ancsprache und der Vorderingen, die wir up sie hadden; in Wackernagels deutschem Lesebuch S. 725. — Grimm's deutsche Rechtsalterthümer, S. 600 u. 865.
S. 5 Anm. 11 Z. 4 st. §. 360 l. §. 361 a.
S. 13 Anm. 23 st. tit. 7 l. tit. 4.
S. 16 Anm. 1 st. 376 l. 375.
S. 16 Anm. 2 Z. 1 st. 49,4 l. 49,14.
S. 17 Anm. 6 Z. 1 st. 50 l. 30.
S. 18 Z. 7 v. u. st. im juristischen l. im römischen.
S. 21 Anm. 16 st. de except. l. de accept. (46,4).
S. 24 Anm. 25 Z. 1 st. l. c. l. de Nov. et Del. (46,2).
S. 28 Anm. 36 Z. 4 st. X. l. XI.
S. 29 Z. 7 ist §. 6 zu streichen.
S. 32 Anm. 51 Z. 1 st. VIII. l. VII.
S. 54 Z. 9 v. u. st. der Uebernehmer l. des Uebernehmers.
S. 58 Z. 4 v. u. st. der l. die.
S. 63 Anm. 18 ist hinzuzufügen: bei Gräff, Sammlung. Bd. 6. S. 20 flg. — v. Kamptz, Jahrb. Bd. 48. S. 276.
S. 75 Anm. 6 Z. 1 st. L. 13 l. §. 13.
S. 97 Z. 18 st. Vertrag l. Vortrag.
S. 112 Anm. 13 st. Bd. 3 S. 386, 387 l. Bd. 7 S. 44, 45.
S. 119 Anm. 5 st. S. 68 l. S. 62.
S. 122 Z. 7 st. nur l. nun.
S. 122 Z. 14 v. u. st. der l. den.
S. 125 füge nach: „ist" hinzu: ihm.
S. 127 Anm. 14 st. b. 2. l. l. 2.
S. 132 Z. 16 st. daß l. als.

Die Uebernahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischem Rechte.

Von

Berthold Delbrück,
Kreisrichter zu Bergen auf Rügen.

Berlin, 1853.
Ferd. Dümmler's Buchhandlung.
(W. Grube.)
Unter den Linden Nr. 53.